

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

**Causas que no permiten una cabal aplicación de los
acuerdos reparatorios en el distrito judicial de Huaura**

TESIS

para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en
Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Juan Rolando Hurtado Poma

Lima – Perú

2010

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I. ASPECTOS INFORMATIVOS

1. Título del Proyecto de Investigación:

“CAUSAS QUE NO PERMITEN UNA CABAL APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA”.

2. Personal de Investigación:

2.1 Autor : Abogado JUAN ROLANDO HURTADO POMA.

2.2 Asesor : Dr. MANUEL MIRANDA CANALES.

3. Tipo de Investigación : Causal Explicativo.

4. Maestría y Mención : En Derecho - Ciencias Civiles

5. Distrito de Desarrollo del Proyecto: Distrito Judicial de Huaura.

6. Duración estimada del proyecto : 1 año.

7. Fecha de Inicio : Enero del 2009

8. Presentado por: Abogado JUAN ROLANDO HURTADO POMA

***“CAUSAS QUE NO PERMITEN UNA CABAL APLICACIÓN DE LOS
ACUERDOS REPARATORIOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
HUAURA”***

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I	PAG.
-------------------	-------------

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	11
3. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	11
4. JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO	13
5. DELIMITACION DEL PROYECTO	14
6. HIPÓTESIS	14
7. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES	14
8. INDICADORES E INSTRUMENTOS	15
9. DISEÑO - UNIVERSO Y MUESTRA DEL ESTUDIO	16
10. METODOLOGÍA Y TÉCNICA APLICADA	16

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO – DOCTRINARIO

1. EL CONFLICTO PENAL	18
1.1 TEORÍA DEL CONFLICTO	18
1.2 FUENTES DEL CONFLICTO	20
1.3 ELEMENTOS DEL CONFLICTO	20
1.4 FORMAS DE SOLUCION DEL CONFLICTO	24
1.5 PRIVATIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	25
1.5.1 El origen del Derecho Penal como modo	

Canalizar la venganza privada.	25
1.5.2 El Derecho Penal como rama autónoma del Derecho Público	26
1.5.3 La Legislación penal como medio de Limitar el Poder represivo del Estado: El Principio de Legalidad	26
1.5.4 El Fundamento de la Pena	27
1.5.5 ¿Qué retribuye la pena?	29
1.5.6 Las Críticas a la Prisión como Medio Razonable de retribución	29
1.5.7 La Necesidad de privatizar la Acción Penal	30
1.5.8 La Privatización de la Acción aumentaría Efecto Preventivo General del Derecho	32
 2. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD EN LOS CONFLICTOS PENALES	
2.1 Introducción	34
2.2 Principio de Legalidad	34
2.3 Criterios de Oportunidad	36
2.4 Referencias Históricas y Derecho Comparado (EE.UU, Alemania, Italia, Portugal, Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay y Venezuela).	51
 3. MARCO TEÓRICO GENERAL DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS	
3.1 Legislación	77
3.2 Jurisprudencia	78
3.3 Salidas Alternas al Sistema de Justicia Penal	79
3.4 Justicia Restaurativa nuevo paradigma	83
3.5 La victimología en la actualidad	84
3.6 La victimología y la justicia restaurativa	85
3.7 La desvictimación y la reparación civil	86
3.8 La prevención en el sistema penal	87

3.9 Derechos de las víctimas en el nuevo proceso penal	88
3.10 La Víctima y el consentimiento en el conflicto penal	90
3.11 Víctimas vulnerables	93
3.12 Víctimas y sistema de sanciones penales en el Diseño de las alternativas a la prisión	94
3.13 La Justicia reparadora y su articulación con el Sistema Penal	95
3.14 Los postulados de la Justicia restaurativa	97
3.15 La justicia restaurativa y la normatividad Internacional	99
3.16 El contenido esencial de la justicia restaurativa	100
3.17 La reparación antes que la Sentencia	104
3.18 Sobre el contenido de la reparación civil	105
3.19 Colofón de la Justicia restaurativa	106

4. MARCO NORMATIVO ESPECÍFICO DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

4.1 Antecedentes Legislativos	107
4.2 Definición y Naturaleza Jurídica	110
4.3 Los Acuerdos Reparatorios son Procesos?	114
4.4 Que tipo de medio alternativo es un Acuerdo	119
4.5 Taxatividad de los Acuerdos Reparatorios	121
4.6 Impedimento de Acuerdos por Concurso	121
4.7 Impedimento por pluralidad de víctimas	122
4.8 Los Acuerdos y los bienes jurídicos disponibles	123
4.9 Legimitados en solicitar los Acuerdos	124
4.10 Casos de Procedencia de los Acuerdos	126
4.11 Requisitos para su Aplicación	138
4.12 Etapa Procesal en que se aplica	142
4.13 Requisitos de Validez de los Acuerdos	147
4.14 Objeto de los Acuerdos Reparatorios	150

4.15 Efecto de los Acuerdos Reparatorios	153
4.16 Ejecución de los Acuerdos Reparatorios	157
4.17 Finalidad de los Acuerdos Reparatorios	159

CAPÍTULO III

NIVEL DE APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

1. Por los Operadores Fiscales	161
2. Por los Operadores Jurisdiccionales	161
3. Resultado de la Aplicación de los Acuerdos en Huacho	162

CAPÍTULO IV

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y VERIFICACIÓN DE VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

1. Contrastación de la Hipótesis Principal	182
2. Variables independientes	182
3. Ordenamiento y Análisis de Datos	185
4. Elaboración del Informe Final	189

CONCLUSIONES	192
---------------------	------------

RECOMENDACIONES	193
------------------------	------------

MODIFICACIONES LEGE FERENDA	194
------------------------------------	------------

ANEXOS	195
---------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	
---------------------	--

INTRODUCCIÓN

El Legislador y la Sociedad Civil, han tenido que enfrentar el CONFLICTO desde su aparición, en especial cuando afecta bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal, en ese sentido la criminalidad varía, pues hay tres variedades: una criminalidad alta, mediana o pequeña, éstos dos últimos por su incidencia muy frecuente en cantidad tienen un significado muy especial en la eficacia de la Tutela Judicial que brinda el Estado y en especial la eficacia de la Administración de Justicia. Esto ha obligado a optar por razones de política criminal, a crear instrumentos de salidas alternas al proceso penal; especialmente son los criterios de Oportunidad y la posibilidad del Archivo en las causas penales fundadas por razones de oportunidad mediando el cumplimiento de acuerdos entre los sujetos comprometidos en el conflicto penal, por consiguiente lo que se pretende es regresar el conflicto a sus dueños, las partes interesadas, que bajo la negociación hacen que el delito pueda culminar no en su estado natural como es el proceso, sino a través de un ACUERDO CONSENSUADO entre victimario y víctima.

Existen numerosas Tesis sobre el Principio de Oportunidad, la doctrina nacional, también las ha cogido como objeto de estudio y análisis, y cuando no la Jurisprudencia también ha tenido oportunidad de pronunciarse en los casos concretos de su aplicación en la realidad; no

obstante ello, ésta Tesis pretende circunscribir los Criterios de Oportunidad, sólo a los ACUERDOS REPARATORIOS en el PROCESO PENAL DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, la misma que se puede producir en la investigación preliminar, preparatoria, etapa intermedia y el propio juicio oral, como lo vamos a demostrar con casos concretos; lo que conlleva a que los ACUERDOS REPARATORIOS se producen ante el Fiscal o ante el Juez, generando el corte del proceso, por la negociación a que arriban las partes.

Mi tesis, pretende muy humildemente identificar una serie de problemas no detectados por el legislador, pero que se producen al momento de llevar adelante los ACUERDOS REPARATORIOS, el mismo que será objeto de estudio y tratar de proponer las salidas a cada uno de éstos problemas.

El Primer Capítulo se ha denominado **Aspectos Metodológicos** en el cual se efectúa el correspondiente planteamiento del problema y la formulación de la hipótesis central, la cual debe ser validada en los próximos capítulos; estableciéndose también la metodología de investigación científica que permitieron contrastar la hipótesis con la realidad del distrito Judicial de Huaura – Huacho -, que fue objeto de análisis.

En el Segundo Capítulo denominado **Marco Teórico – Doctrinario** y con el fin de obtener los sustentos doctrinarios referenciales, se estudia con detenimiento en primer lugar el Principio de Legalidad, los Criterios de Oportunidad, y sus Referencias Históricas y Derecho Comparado, Legislación, Doctrinas y Jurisprudencia sobre los Acuerdos Reparatorios; en el marco específico de la institución, se analiza: su definición y su naturaleza jurídica, quienes se encuentran legitimados en solicitar y aplicar, cuales son los casos de procedencia, cuales son los requisitos para su aplicación, cual es la etapa procesal en que se aplica, cual es el ámbito de su aplicación, cual es el objeto de los acuerdos, cuales son sus formalidades y los efectos del Acuerdo; finalmente como se ejecutan los

Acuerdos Reparatorios y su finalidad en concreto frente al conflicto de orden penal.

En el Tercer Capítulo se analiza como opera el **Nivel de Aplicación de los Acuerdos Reparatorios**, en especial por los operadores Fiscales quienes los vienen aplicando con más incidencia que los operadores jurisdiccionales, analizándose finalmente cual es el resultado de la aplicación de los Acuerdos Reparatorios en su ámbito espacial y temporal, como lo es el distrito Judicial de Huaura – Huacho, en las negociaciones que se realizan a diario entre los imputados y las víctimas, y entre los abogados de cada uno de ellos.

En el Cuarto Capítulo, se realiza la **Contrastación de la Hipótesis y Verificación de las Variables de la Investigación**, en especial la contrastación de la Hipótesis Principal con las variables independientes y dependientes; con ésta labor se cierra el trabajo de investigación, para cuyo caso se ha contado con la información legislativa nacional y del derecho comparado, la doctrina nacional es muy escasa al respecto, también se ha tenido en cuenta los casos fiscales que se constituyen a modo de “*jurisprudencia*” de las Fiscalías, estadística oficial, encuestas y demás instrumentos utilizados en la elaboración de la presente.

Al terminar el Capítulo ya mencionado preciso las **Conclusiones y Recomendaciones y Propuesta de Lege Ferenda** lo que hago es asumir algunas alternativas de solución, recomendaciones que proponemos, luego de las deducciones que partieron de manera general para señalar las recomendaciones ya en casos específicos y concretos.

Con ésta investigación pretendo llevar adelante mi tesis que partió de un enfoque de la problemática estudiada desde un nivel inicialmente PRÁCTICO (he sido Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Decisión Temprana en el Distrito Judicial de Huaura), para luego nutrirnos de la doctrina y teoría, para realizar un análisis DESCRIPTIVO, del tema, finalmente pasar a una posición de análisis y crítica. Al respecto la hipótesis que de una u otra forma está manifestada en ésta tesis se refiere a la aplicación de los ACUERDOS REPARATORIOS en sede

preliminar fundamentalmente y judicial en el nuevo sistema procesal penal, destacando sus virtudes-bondades, para plantear desde nuestro punto de vista algunas innovaciones y soluciones en la práctica, mientras se corrija legislativamente; pero las soluciones en principio dependen de las políticas institucionales que se imparten.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA⁽¹⁾ DE INVESTIGACIÓN

Hasta la fecha, los Acuerdos Reparatorios, forma parte de una institución mayor como son los CRITERIOS DE OPORTUNIDAD, son escasamente conocidos, no existe un estudio serio ni una investigación esclarecedora en nuestro medio jurídico del Distrito Judicial de Huaura y porque no decir, en el país; por tanto es necesario descubrir como se viene aplicando, máxime como Fiscales de Decisión Temprana nos corresponde el conocimiento piloto y directo de ésta institución y como viene funcionando en la realidad y apreciar los criterios de oportunidad que se manejan en la negociación y para lograr una justicia restaurativa, así como la eliminación de los conflictos de mediana y pequeña criminalidad, logrando una salida rápida.

⁽¹⁾ En realidad plantear el problema no es sino afinar y estructurar más formalmente la idea de investigación. El paso de la idea al planteamiento del problema en ocasiones puede ser inmediato, casi automático, o bien llevar una considerable cantidad de tiempo; ello depende de cuán familiarizado esté el investigador con el tema a tratar, la complejidad misma de la idea, la existencia de estudios antecedentes, el empeño del investigador, el enfoque elegido (cuantitativo, cualitativo o mixto) y sus habilidades personales. De: Roberto, HERNÁNDEZ SAMPIERI. "Metodología de la Investigación". Tercera Edición. México 2002, p. 42.

II. OBJETIVOS⁽²⁾ DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL

- Analizar la problemática y contribuir al perfeccionamiento de la aplicación de los Acuerdos Reparatorios en la etapa de la investigación preliminar del nuevo proceso penal; perfeccionarla en la etapa de la investigación preparatoria, e incentivarla en las etapas Intermedia y probablemente también se puede dar en el Juicio Oral.

OBJETIVO ESPECÍFICO

- Determinar las causas de los deficientes resultados en la aplicación de los Acuerdos Reparatorios en la etapa de la investigación preliminar del nuevo proceso penal y de ser posible extenderlo a las etapas de la investigación Preparatoria, Intermedia y el propio Juicio Oral del sistema procesal penal peruano, ya en casos concretos.
- Establecer los vacíos y deficiencias normativas que no permiten obtener mejores resultados en la aplicación de los Acuerdos Reparatorios en las distintas etapas procesales del nuevo Código Procesal Penal.
- Sugerir posibles alternativas de solución que hagan viable una mejor aplicación de ésta institución, para cuyo caso bajo *lege ferenda*, propondré algunas iniciativas legislativas de las normas procesales pertinentes.

II. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN⁽³⁾

⁽²⁾ En primer lugar, es necesario establecer qué pretende la investigación, es decir, cuáles son sus objetivos. Hay investigaciones que buscan, ante todo, contribuir a resolver un problema en especial (en este caso debe mencionarse cuál es y de qué manera se piensa que el estudio ayudará a resolverlo), y otras que tienen como objetivo principal probar una teoría o aportar evidencia empírica a favor de ella. De: Roberto, HERNÁNDEZ SAMPIERI. “Metodología de la Investigación”. Tercera Edición. México 2002, p. 44.

⁽³⁾ Además de definir los objetivos concretos de la investigación, es conveniente plantear, a través de una o varias preguntas, el problema que se estudiará. No siempre en la pregunta o las preguntas se comunica el problema en su totalidad, con toda su riqueza y contenido. A veces se formula solamente el propósito del estudio, aunque las preguntas deben resumir lo que habrá de ser la investigación; en ese sentido las preguntas pueden ser más o menos generales, pero sobre todo

Una investigación antes de abordar el tema central que el investigador se ha propuesto, tiene necesariamente que hacerse una serie de interrogantes para hacer entender al lector cual es el problema que se estudiará. Es verdad, que el investigador en ese afán en muchas ocasiones no puede comunicar el problema en su totalidad y con todo el esplendor de su contenido. En el caso que me he propuesto por ejemplo, las preguntas generales que podemos hacernos para encarar el tema que se investigará, son, cual es la intención del legislador de haber introducido un criterio mas de oportunidad, si bien ya tiene el susodicho Principio de Oportunidad, que necesidad ha tenido para introducir otro criterio de oportunidad como son los Acuerdos Reparatorios?; hay alguna diferencia sustancial entre ambas instituciones, o ellas responden a una misma racionalidad de los Criterios de Oportunidad?; Son los Acuerdos Reparatorios criterios de oportunidad más audaces y ambiciosos que los comprendidos en el Principio de Oportunidad?, En ambos criterios de oportunidad, Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, el Fiscal a cargo de ellas, está realizando y cumpliendo alguna meta de la política Criminal Establecida por el Estado?; A sido conveniente introducir los Acuerdos Reparatorios para dar mas poder discrecional al Fiscal en el manejo del “*ius persiquendi*” y por consiguiente restar mas casos que iban a llegar a juicio oral, con el consecuente deterioro de la función jurisdiccional y en especial del juicio oral?: Son los Acuerdos Reparatorios una institución de criterios de oportunidad, la puerta inmediata anterior, para intentar abrir la siguiente puerta, donde se puede permitir que los conflictos penales, concluyan con el manejo de la acción penal por parte de los particulares y por consiguiente la privatización en gran parte del Derecho Penal?; Estas son preguntas importantes que me gustaría asumirlas en la investigación, sin embargo por su amplitud, desbordaría mi tema de investigación y el objetivo concreto de su funcionamiento en la realidad y casos prácticos.

deben ser más precisas, específicas y limitadas. De: Roberto, HERNÁNDEZ SAMPIERI. “Metodología de la Investigación”. Tercera Edición. México 2002, p. 45.

Para la presente investigación veo por conveniente, sólo plantearme dos preguntas, con las cuales puedo comunicar el problema en su totalidad, con toda su riqueza y contenido que se estudiará e investigará; esas preguntas son las siguientes:

*“Porqué los acuerdos reparatorios no tienen una aplicación contundente en nuestro medio para lograr una adecuada justicia restaurativa en el sistema penal del Nuevo Código Procesal Penal?
¿Cuál es el grado de efectividad en la aplicación del acuerdo reparatorio, arribado entre el indiciado y la víctima; con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en sede penal?”*

IV. JUSTIFICACIÓN⁽⁴⁾ DEL PROYECTO:

En principio he indagado en las distintas Universidades del país, la existencia de investigaciones sobre “Los Acuerdos Reparatorios”, y no hay estudios al respecto, tampoco se evidencia que algún doctrinario nativo haya estudiado profundamente la institución que vengo investigando; por tanto, mi Proyecto de Investigación, se JUSTIFICA frente a un nuevo sistema de enjuiciamiento regulado en el Código Procesal penal; además se justifica doblemente la Investigación, en la intención que los resultados y conclusiones a que se arribe, sobre ésta institución tenga un efecto reflejo y sirva en orientar a todos los distritos judiciales donde se viene implementando y donde se implementará, con la finalidad de lograr una aplicación uniforme, contundente y adecuada en la solución del conflicto penal, en ese sentido pienso que los ACUERDOS

⁽⁴⁾ Es necesario justificar el estudio exponiendo las razones. La mayoría de las investigaciones se efectúan con una propósito definido, no se hacen simplemente por capricho de una persona; y ese propósito debe ser lo suficientemente fuerte para que se justifique su realización. Además en muchos casos se tiene que explicar porqué es conveniente llevar a cabo la investigación y cuáles son los beneficios que se derivarán de ella. De: Roberto, HERNÁNDEZ SAMPIERI. “Metodología de la Investigación”. Tercera Edición. México 2002, p. 49.

REPARATORIOS tienen tres fines: un **FIN CONCRETO**, que es resolver los conflictos, logrando generar tutela judicial a favor de la víctima y de otro lado lograr que el acuerdo sea definitivo y causa clausura del conflicto a favor del indiciado, quien debe tener la seguridad que éste no se reabrirá en sede penal; un **FIN ABSTRACTO**, de los acuerdos reparatorios, es revalidar que el CONSENTIMIENTO válidamente otorgado por los sujetos del conflicto penal son una causa de extinción de la acción penal y que devuelve a sus protagonistas la posibilidad de ellos mismos buscar la solución al conflicto, resolviendo con Justicia; y finalmente un **FIN PRACTICO**, esto es la disminución de la carga de los procesos penales de mediana y pequeña criminalidad, con el consiguiente ahorro del gasto público que destina el Estado en la solución de éste tipo de conflictos en el país.

V. DELIMITACIÓN DEL PROYECTO:

Esta investigación tiene una delimitación espacio – temporal; en cuanto a lo primero, la investigación comprenderá todos los Acuerdos Reparatorios que se celebren en la Primera Fiscalía de Decisión Temprana, de la Fiscalía Corporativa de la Provincia de Huaura del distrito judicial Piloto de Huaura.

VI. HIPÓTESIS:

“Los Acuerdos Reparatorios no tienen mayor aplicación: debido a la falta de independencia y preparación de los órganos que aplican; a la resistencia que se tiene por parte de los justiciable y abogados no informados en cuanto a la eficacia de la institución; a la falta de ejecutividad del acuerdo y posibilidad de reabrir su debate en cuanto a la persecución penal”

VII. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES:

- Falta de independencia y preparación de los órganos que aplican.
- Resistencia de los justiciables y abogados.
- Falta de ejecutividad del acuerdo.
- Posibilidad de reabrir el debate de la indemnización.

VIII. INDICADORES E “INSTRUMENTOS”

Son los siguientes por cada variable:

1.- FALTA DE INDEPENDENCIA Y PREPARACIÓN DE LOS ÓRGANOS:

- Código Procesal Penal.
- Actas de Acuerdos en la etapa de la investigación preliminar.
- Actas de Acuerdos en la investigación preparatoria.
- Cursos en la AMAG de Acuerdos Reparatorios.

2.- RESISTENCIA DE LOS JUSTICIABLES Y ABOGADOS:

- Cursos Pregrado en Salidas Alternas al Proceso Penal.
- Cursos de Actualización en Salidas Alternas al Proceso.
- Si los justiciables han recibido información de los Acuerdos.
- Si los Abogados han recibido cursos sobre los Acuerdos Reparatorios.

3.- FALTA DE EJECUTIVIDAD DEL ACUERDO:

- Actas de Acuerdos Reparatorios cumplidos voluntariamente.
- Actas de Acuerdos Reparatorios incumplidos.
- Ejecutividad de los Acuerdos Reparatorios.

4.- POSIBILIDAD DE REABRIR EL DEBATE DE LA INDEMNIZACIÓN:

- Demandas pendientes en el Poder Judicial sobre pago de indemnización, pese a haber de por medio un Acuerdo Reparatorio.
- Código Procesal Penal en cuanto a su reapertura.

IX. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN (definición en tiempo de investigación)

Esta investigación ya se está cumpliendo desde el año pasado y se vienen investigando desde hace ya 9 meses a la fecha, aunque nos habíamos propuesto inicialmente solo seis meses.

X. UNIVERSO, SELECCIÓN DE MUESTRA, UNIDAD DE ANÁLISIS

El **universo** en cuanto a nuestra investigación está determinado por todos los ACUERDOS REPARATORIOS cumplidos desde el 01 de Julio del año 2006 – fecha en que ingresó en vigencia nuestro nuevo Código Procesal Penal en el Primer Distrito Piloto de Huaura – al 31 de Julio del año 2009; la selección de la **muestra** corresponde a la Primera Fiscalía de Decisión Temprana de la provincia de Huaura – existen dos Fiscalías, siendo la Primera la que tiene el mayor índice en la aplicación de ésta institución en todo el distrito judicial de Huaura, por eso de la elección – y la **unidad** de análisis está relacionado a revisar cada una de las Actas de Acuerdos Reparatorios que se han suscrito en ese Despacho.

XI. METODOLOGÍA Y TÉCNICA APLICADA

El método de investigación jurídica ha aplicarse es el **método dogmático**, el cual no sólo determina el ámbito a investigar, sino que

suministra un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y síntesis.

Se emplea también **el análisis sustantivo de la normatividad vigente** en nuestro país, así como en otros países, aplicables al estudio en ciernes. Utilizo en ésta investigación la técnica indirecta de la aplicación de cuestionarios, estadísticas que se elaboraron teniendo en cuenta la aplicación de los acuerdos reparatorios en el distrito judicial de Huaura.

Mis instrumentos como los cuestionarios se aplicaron solo a 10 (entre Fiscales provinciales, adjuntos y asistentes de función fiscal) operadores de la Fiscalía provincial de Huacho, quienes tuvieron la responsabilidad de llevar adelante los Acuerdos Reparatorios en la Fiscalía denominada de *DECISIÓN TEMPRANA* y también los cuestionarios fueron aplicados a 10 (entre abogados de imputados o agraviados) operadores de la defensa libre y de la defensa oficiosa. También se tuvo que recurrir al Ministerio Público – Oficina de Estadística para recoger los controles oficiales en la aplicación de los Principios de Oportunidad y de los Acuerdos Reparatorios; igualmente conforme a nuestras variables se ha entrevistado a 10 imputados y 10 agraviados para el recojo de información que ha sido determinante al apreciar los resultados.

Finalmente, he visto por conveniente, la elaboración de cuadros estadísticos a fin de que puedan ser medidos datos y analizados, para su posterior contrastación con nuestra hipótesis planteada y obtener resultados realmente sorprendentes como opera el Derecho en la Realidad, de la cual debe retroalimentarse y buscar cambios a partir de ello.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO – DOCTRINARIO

I. EL CONFLICTO PENAL:

1.1. Teoría del Conflicto

Desde que el hombre aparece en la faz de la tierra, tenemos conocimiento de los conflictos que se han sucedido, bíblicamente, el primero, desde el punto de vista de afectación de bienes jurídicos – como lo conocemos actualmente – ha sido sin lugar a dudas, la muerte injusta que causó Caín a su hermano Abel, como resolvió el Señor, expulsando al matador y marcándolo con la desgracia eternamente, éstos fueron la primera pareja penal de la historia de la humanidad; desde éste tipo de conflictos, ellos no han cesado a la actualidad, pasando por todas las etapas de la historia; modernamente el tema central del Proceso es como solucionar el conflicto, dependiendo de ello el proceso puede o no tener éxito, como instrumento al servicio del hombre.

Lo antes expuesto nos hace pensar que el conflicto no es un fenómeno natural, sino social, pues es inherente a la condición de ser humano inserto siempre en una colectividad y se presenta en diferentes niveles, como puede ser interpersonal y el intrapersonal, ha sostenido Miguel Gatica. El Conflicto que realmente nos interesa, no es el intrapersonal, sino fundamentalmente el conflicto INTERPERSONAL, pues éste es el que afecta al hombre y su relación con los demás miembros de su esfera más pequeña como es la familia, para extenderse

a su vecindario, a su entorno social, a sus organizaciones, a su país, y cuando no puede afectar inclusive a relaciones internacionales; es verdad finalmente que el conflicto no es el mismo en cada espacio, tiempo e historia; el conflicto de orden penal varía y su tratamiento también.

No es el propósito de éste estudio analizar el conflicto desde el punto de vista general, sino esbozar algunos criterios para comprender debidamente el Conflicto de Orden Penal, en efecto el Derecho Penal por esencia (y por regla general) regula conflictos *inter partes*; así, la pareja penal (víctima – victimario) emerge con la adecuación típica de una conducta a una hipótesis conductual prevista en la ley penal. Sin perjuicio de que existen casos en los cuales los ofendidos, de acuerdo al bien jurídico tutelado, son corporaciones o entidades públicas, en la mayoría de los casos nos encontramos ante dos personas físicas que se vinculan por la afectación de los derechos de una parte de la otra.

Ante la existencia de un conflicto, en el cual un ciudadano ha afectado un bien jurídico tutelado de otro en el cual se ha quebrado una norma penal, pero fundamentalmente se ha afectado un bien de otro, es lo que el derecho intenta proponer soluciones para dar por terminado el mismo y volver (o volver) las cosas al estado anterior. Históricamente, la solución a los conflictos penales, no fueron el proceso, fue en sus inicios su autocomposición, para luego pasar a su heterocomposición a través de un tercero, pasando por la conciliación, la mediación, el arbitraje y la presencia del Juez en el proceso. Es así, que todo sistema de justicia – que se corresponde con los parámetros que un Estado Democrático de Derecho impone, ante la constatación (prueba) de un conflicto, la reparación de la lesión del ofendido.

En la Justicia penal antigua, la víctima tenía un papel preponderante en la sustanciación de las causas y cuando decidía poner en marcha los organismos colectivos de resolución de conflictos, su

opinión trazaba la vía de la reparación. Sin embargo, la aparición de la persecución penal pública o estatal en el siglo XIII provocó la exclusión de uno de los protagonistas del conflicto: la víctima. En palabras de Cancio Meliá, “la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como “sujeto pasivo” o incluso como “objeto material” del delito”. Es que el derecho penal moderno ha generado la “neutralización de la víctima”, en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto, no por lo que el quiere que le satisfagan de acuerdo a su punto de vista, sino por la imposición de una pena que se irroga el Estado y por la reparación del daño que se ha causado a la víctima.

1.2 Fuentes del Conflicto Penal

Considero, que el conflicto Penal, tiene una sola fuente, la comisión u omisión de un delito o de una falta debidamente tipificada en la ley penal; algunos intentan sostener que el Conflicto tiene varias fuentes como son los hechos, los escasos recursos, las necesidades humanas, los valores, las relaciones interpersonales y la estructura de donde parte el conflicto como la familia, la sociedad y el Estado; yo considero que el conflicto penal, solo tiene una fuente de derecho penal contenida en el Código Penal, si un ciudadano no ha incurrido en ninguna conducta descrita en algún tipo penal como delito o falta, tendrá cualquier tipo de conflicto, pero no conflicto penal; ergo hablamos de conflicto pena solo cuando hay un delito, el cual tiene que ser abordado en su solución total.

1.3 Elementos del Conflicto Penal

El Conflicto Penal, tiene los siguientes elementos:

1.3.1 SITUACIÓN CONFLICTIVA, en el cual los intereses de las partes no son coincidentes pero si interdependientes, es decir, se dan entre las

partes en conflicto, objetivos incompatibles. Se puede encontrar en el conflicto penal:

- Partes Primarias (que son la víctima y el victimario)
- Partes Secundarias (que son los herederos de la víctima en caso de muerte)
- Terceros (por ejemplo los terceros civilmente responsables, en algunos delitos).

1.3.2 ACTITUDES CONFLICTIVAS, las personas que están involucradas en un conflicto de orden penal tienen temores, dudas, insatisfacciones y posiciones e intereses percibidos como contrapuestos. La carga psicológica se manifiesta hasta en tres aspectos básicos.

a) Percepción: cada una de las personas aprecia la realidad de diferente manera, lo que a menudo genera problemas; es por ello que en una situación conflictiva, las partes desarrollan una serie de procesos que distorsionan la imagen de la contraparte o la realidad y asumen posiciones de víctimas frente a la otra. En el desarrollo por ejemplo, de la aplicación del Principio de Oportunidad o de un Acuerdo Reparatorio se ha podido apreciar lo que piensan las partes:

- Que tiene la razón (reforzamiento).
- Que la otra parte es su enemiga.
- Que está siendo víctima de la otra parte (victimización)
- Que sus actos son razonables (racionalización).
- Que, la otra parte no vale nada (deshumanización).

El Fiscal de Decisión Temprana debe comprender como piensa y apreciar los criterios de cada una de las partes, esto será determinante para saber sus intereses y la posibilidad de buscar una solución armónica.

b) Emoción: éstas son fuertes condicionantes de las acciones y actitudes, son una variante constante en una situación de conflicto. Es evidente que la carga emotiva de los conflictos produce un agravamiento, hacia una confrontación cada vez más hostil. En una Audiencia de Principio de

Oportunidad o de Acuerdo Reparatorio las partes vienen generalmente con una carga emotiva o afectiva producto de una historia conflictiva previa. Las emociones deben manejarse adecuadamente por el Fiscal, antes que cualquier otro asunto si pretende tener éxito.

c. Comunicación: si esta es defectuosa produce peligrosos malos entendidos. Debido a que las partes tienen que ver las cosas desde sus propias perspectivas y además, quieren manifestar sus sentimientos y puntos de vista tratando de convencer al otro o imponiéndose para que sus argumentos sean aceptados, los conflictos suelen entraparse, por ello, depende del Fiscal que hace el papel de conciliador o mediador hacer de la Audiencia un proceso de comunicación fluida y productiva, facilitando la creación de un ambiente adecuado para superar las diferencias y llegar a acuerdos armoniosos

1.3.3 COMPORTAMIENTOS CONFLICTIVOS, los justiciables frente a un conflicto de orden penal pueden asumir diferentes comportamientos y muchas veces negativos. Son ellas precisamente las acciones llevadas a cabo por una parte con el fin que la otra modifique o abandone sus objetivos.

Las Actitudes de las personas protagonistas del conflicto, sus estilos, estrategias y tácticas han sido objeto de estudio en el campo de la psicología, existiendo un modelo de comportamiento, basado en los siguientes patrones:

- 1.- Competir, imponer, forzar (consiste en persuadir al otro para que acepte su solución, amenazarlo, imponer sanciones, etc. Mantenemos una posición firme hasta lograr un ganador – perdedor). Varios litigantes ingresan con esa posición en el proceso penal, *“Señor Fiscal, si no quiere pagar, que siga el juicio....”* Son expresiones frecuentemente escuchadas.
- 2.- Inacción, (evitar la acción retirarse; se decide no hacer nada, pues no se desea satisfacer sus intereses ni la otra parte satisfaga los suyos; aparentemente vivimos en un clima de tranquilidad, pero existe un

conflicto latente). Igualmente muchos litigantes citados a la aplicación de los Principios de Oportunidad o Acuerdos Reparatorios, deciden por la inacción, simplemente no acudir a las citaciones fiscales que se les hace, no hay interés en que se satisfaga su interés afectado, ni hay interés que otro lo satisfaga, por tanto, hacen que el conflicto penal siga latente en su tratamiento).

3.- Acceder, ceder, acomodar (es decir, que una de las partes es condescendiente con la otra y desea satisfacer sus intereses, sin tener en cuenta los propios, puede producirse por razones desinteresadas y altruistas o por razones instrumentales, se accede para obtener un beneficio posterior). Igualmente, en este caso se ha apreciado que los convocados al Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio admiten las formulas de arreglo, bien porque saben que la incumplirán en el futuro, bien porque no desean continuar inmersos en procesos penales, al extremo de aceptar responsabilidad que no les alcanza, en cuyo caso en efecto hay uso abusivo de los Fiscales respecto de la aplicación de las instituciones ya mencionadas.

4.- Transigir, convenir, negociar (busca un punto medio en la satisfacción de los intereses, es decir, por lo menos una parte de los intereses y necesidades de ambos serán atendidas). Dependiendo de la labor explicativa que ha desplegado el Fiscal para la aplicación de los acuerdos Reparatorios tendremos a justiciables preparados para negociar y recomponer el conflicto penal.

5.- Resolver el comportamiento es colaborativo entre las partes a fin de buscar una solución que satisfaga al máximo sus intereses, se obtiene un ganador – ganador (normalmente no debe haber perdedor). En el conflicto penal, es difícil entender que habrá ganador – ganador, lo cual es propio en todo tipo de conflicto menos en el penal; pues si un agraviado por una lesión es resarcido, siempre queda la huella aunque sea psicológica de la insatisfacción, al contrario considero que el indiciado es quien tiene mas que ganar que perder, pues se habrá librado de un proceso que bien pudo poner en serios apuros su vida.

1.4 FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Concretamente, las formas de solución de conflictos son tres:

1.- La autodefensa: los conflictos son solucionados por la *“acción directa”* de las partes. El afectado es juez y parte, responde a una forma primitiva y privada de hacerse justicia por la propia mano respecto a los conflictos de orden penal; una autodefensa hoy en día no solo es repudiable por los avances de la civilización, sino que el mismo hecho de hacerse justicia por propia mano, ya constituye un nuevo delito conforme al Código Penal.

2.- La autocomposición: es otro sistema de solución de conflictos, donde sólo la voluntad de las partes involucradas en él va a ser lo único que ponga fin al antagonismo. Esa voluntad puede ser unilateral como el caso del allanamiento y el reconocimiento, el desistimiento o bilateral como la transacción y la conciliación, en el cual las soluciones son planteadas en forma horizontal y con bastante aceptación por los sujetos comprendidos en el conflicto penal. Todas ellas están dirigidas por la *“acción civil”* y por tanto lícitas en nuestro medio.

3.- La heterocomposición: tiene como característica esencial la terceridad, esto es, que una persona ajena a las partes debe decidir sobre el conflicto penal, en ejercicio de la llamada potestad jurisdiccional. El tercero representativo de la heterocomposición es el Juez, quien opera a través del proceso judicial. Las soluciones impuestas generan lo que se denomina como *“cosa juzgada”* y responden a un proceso previo sistematizado, formal y cuando no la solución frecuentemente no es de beneplácito de las partes, pues la solución es vertical, dado que el Juez ejerce la *“jurisdictio”* es decir, declara el derecho pues tiene el poder de la jurisdicción.

Indudablemente, el hombre no ha llegado a éstas formas de resolución de conflictos en pocos años, sino que ha sido todo un proceso evolutivo, desde la autodefensa, pasando por la autocomposición y arribar a la heterocomposición, se han devenido muchas etapas, todas ellas en el tratamiento y el ejercicio de la ACCIÓN PENAL, señalaré fundamentalmente las que aparecen a continuación.

1.5 PRIVATIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

1.5.1 El origen del Derecho penal como modo de canalizar la venganza privada, la mayoría de los autores del siglo XIX han concluido en que el origen del Derecho Penal fue la venganza de sangre ejercida sin límites ni medida por una familia contra otra⁽⁵⁾; El rudimentario Derecho Penal en la era prehistórica, era ejercida como respuesta automática frente a la violación de los tabúes, basado en un carácter religioso o expiatorio, de naturaleza social, objetivo y, por ende, extensivo al grupo familiar; una vez alcanzado un grado de madurez psicológico y lógica, el hombre comenzó a justificar el castigo en la venganza. Que tenía cierto grado de proporción y concordancia con el daño producido. La primera institucionalización de esta venganza se llevó a cabo a través de la religión; de allí derivan la Ley del Talión y otras formas similares de justiciar normativamente la retribución penal; este sistema supuso una moderación de la venganza, a la que se limitó en una cantidad exactamente equivalente al daño sufrido por el ofendido: *“ojo por ojo; diente por diente”*, según la ley mosaica. El avance de la civilización en su intento por eliminar la subjetividad e irracionalidad de la venganza por mano propia, acabó por construir al Estado, a través de la respuesta penal, con el propósito de evitar abusos e injusticias. El castigo dejó de aplicarse directamente en nombre del particular ofendido por el crimen, de su familia o clan, y éstos constituyeron sólo la excusa para que el Estado aplicara el castigo para su propia satisfacción, sin tener en miras el resarcirlo. Las sanciones cambiaron completamente su naturaleza. Dejaron de ser una forma de satisfacer el daño producido a una víctima concreta, y pasaron a ser un castigo impuesto por el Estado y para el Estado. El suplicio, la mutilación y la muerte fueron formas comunes de ese castigo, y con el correr del tiempo, la prisión apareció como una manera de humanizar la retribución penal.

⁽⁵⁾ CARRARA, p. 35; Cauveau y Hélie, 1872-1:22, ALIMENA, 1:96-97; Cuello Calón, 1951_11:54, citados por Edmundo S. HENDLER, 1991, P. 101

1.5.2 El Derecho Penal como rama autónoma del Derecho Público

La estabilización de la respuesta penal en reemplazo de la venganza privada, hizo que el Derecho Penal adquiriera el carácter de Derecho Público, y como tal actúa independientemente aún de la voluntad de la víctima; el grueso de los delitos son de acción pública, es decir, que el titular de la acción penal es el Estado, que la ejerce a través del órgano jurisdiccional destinado para tal efecto. Por ello, no obstante que la víctima de un robo no tenga interés en que se castigue al ladrón, e independientemente de que éste la hubiese recompensado con creces por su acción, de todos modos el Estado, ejerciendo la titularidad de la acción penal, lo juzgara y le aplicará una pena; por consiguiente el verdadero titular del bien lesionado no tiene participación en el proceso de retribución, más allá de actuar como querellante adherido al órgano estatal que es el verdadero titular de la acción - basado en el principio de Legalidad. El Estado al ejercitar el Monopolio en el ejercicio de la Acción Penal, no solo proscribe la venganza privada, sino que se irroga esa facultad a través del proceso, el es el que hará venganza por el privado.

1.5.3 La Legislación Penal como medio de limitar el Poder Represivo del Estado: el Principio de Legalidad

Este Principio, se constituye fundamentalmente un es uno de los pilares básicos vinculados con el Derecho Penal Liberal; según éste tanto las conductas que constituyen delitos como las penas que merecen los infractores deben estar previamente establecidas en la ley; esto como un modo de limitar el poder de los jueces, pues de lo contrario quedaría a su arbitrio la aplicación de sanciones. Este Principio apareció en el Derecho Continental Europeo y se considera a Feuerbach como quien lo postuló explícitamente por primera vez. Este autor encontraba dos funciones básicas al principio mencionado: 1) servir como disuasivo para que las personas no cometan delitos, al saber que si lo hacen serán castigadas y 2) proteger la libertad de acción de las personas, al advertirles previamente qué es lo que no deben hacer, pues de lo contrario serán pasibles de pena. Los teóricos del Derecho consideraron que este principio debe ser elevado al rango de garantía constitucional en la mayor parte de los derechos modernos. El Principio de Legalidad al constituirse en una garantía debía necesariamente ejercitarse en todos los casos, hasta conseguir una pena y una reparación civil a favor de la víctima, pero siempre teniendo como

titular de la acción penal al Estado y no al sujeto agraviado. En conclusión el Principio de Legalidad, estableció que conductas son las prohibidas penalmente, su descripción previa, el castigo y la venganza pública; dando la aparición ya no a un vengador privado, sino a un vengador público que es el titular del ejercicio de la acción penal, esto es el FISCAL, como figura que ejerce el "*ius persigendi*", aún con ello el Estado no ejerce arbitrariamente su función, sino que lo hace a través, de una sanción denominada PENA, cuyos fundamentos son diversos como lo apreciaremos a continuación.

1.5.4 El Fundamento de la Pena, Dejando de lado las posiciones abolicionistas - quienes no están de acuerdo con la imposición de penas -, existen tres teorías tradicionales que justifican la imposición de la pena por parte del Estado, no obstante los esfuerzos de muchos autores modernos, como Roxin, por elaborar teorías integrativas: **a) Tesis de la Retribución,** según el cual el sentido de la pena radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, justificado en el mal del delito. La Retribución fue históricamente la primera justificación de la pena, en sus inicios con un contenido religioso. Más modernamente, esta tesis absoluta fue sostenida en especial por Kant, quien justificó la imposición de la pena en el libre albedrío, desconociendo cualquier fundamento en razones de utilidad social. Para Kant, el autor de un delito debía responder porque tenía la libertad de comportarse de otro modo, y sin embargo eligió delinquir. Es decir, la teoría retributiva es la que más tiene en cuenta la conducta concreta del autor y menos los intereses de la sociedad, aún cuando en definitiva, por ser el Derecho Penal manifestación del Derecho Público, el castigo al autor de un delito siempre se fundamenta en la necesidad de preservar a la sociedad frente a quien ha decidido cometerlo, **b) Prevención General** por esta teoría la pena debe evitar los delitos, mediante la producción de efectos psicológicos sobre la generalidad de las personas. Estas teorías suelen identificarse con el aspecto intimidatorio de las penas, pues su justificación estaría dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere su mayor efectividad con su imposición y ejecución. Se entiende que la conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. La Prevención General ha tenido mucha influencia en lo que se conoce como la "política criminal" es

decir, el conjunto de decisiones estatales respecto de las estrategias a seguir para la persecución penal, lo que incluye establecer que delitos han de perseguirse con mayor cuidado, que conductas merecen mayor castigo, y que conviene despenalizar o tolerar, en un momento y en un lugar determinados; todo ello con la intención de dar determinadas señales a la comunidad respecto de cual es la conducta esperada por el Gobierno ante situaciones específicas, c) Prevención Especial bajo éste punto de vista preventivo - especial, sólo es indispensable aquella pena que se necesita para evitar la reincidencia de cada autor en concreto. La prevención especial no requiere retribuir el hecho pasado, no mira al pasado, sino que ve la justificación de la pena en la prevención de nuevos delitos del autor. Según lo postuló Von Liszt, la prevención especial actúa de tres maneras: a) corrigiendo al corregible (resocialización); b) intimidando al intimidable; y c) haciendo inofensivos a quienes no son corregibles, ni intimidables. Ciertos autores, sobre la base de una antigua clasificación escolástica, dividen a las teorías sobre la justificación de la pena en absoluta y relativas. **Las teorías absolutas** se identifican con las retribucionistas, que conciben a la pena como fin en sí mismo como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco. Las teorías relativas o utilitarias, consideran y justifican a la pena sólo como medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos. **Las teorías relativas** quedan divididas a su vez, en las doctrinas de la prevención especial, que refieren el fin preventivo a la persona del delincuente, y doctrinas de la prevención general que lo refieren por el contrario a la generalidad de los asociados.

Si el justificativo de la existencia del gobierno es la necesidad de proteger derechos individuales concretos, sólo puede actuar el sistema judicial para evitar la lesión o en todo caso para paliar sus consecuencias y resarcir a la víctima, pero no se justifica el rol del gobierno como un "corrector" o educador, lo que supone una intromisión terriblemente peligrosa en la esfera de la libertad individual, que aún a quien ha cometido un crimen debe respetársele. **Por ello pensamos** que la única justificación de la intervención estatal es la protección de los derechos lesionados, y por ello coincido con la tesis RETRIBUCIONISTA, aunque debe aceptarse las críticas que se han hecho, pues tienen a acentuar el

rechazo del Derecho Penal como castigo del Estado y por el Estado, lo que carece de una justificación racional.

1.5.5 ¿Qué retribuye la pena?

Si el derecho es el medio de garantizar la coexistencia pacífica entre las personas, y el Derecho Penal específicamente es el medio de RETRIBUIR a los que comenten ciertas conductas violatorias de derechos individuales, vemos que esa retribución, en primer lugar, no se hace en nombre de la víctima sino del Estado, y en segundo lugar, tal retribución no implica ningún tipo de satisfacción específica para la víctima, sino que supone simplemente la satisfacción de una prerrogativa del Estado frente al individuo al que se castiga.

En ese sistema, la víctima se ve sometida a varias cargas, como las de concurrir a la comisaría y a los tribunales para prestar declaración, pero no obtiene a cambio nada más que la eventual satisfacción de saber que la persona que violó sus derechos fue encarcelada.

Precisamente, esta satisfacción que la aplicación de una pena al criminal otorgaría a la víctima, o en una visión más amplia a toda la sociedad, en los tiempos modernos se está poniendo en duda por dos circunstancias:

a) El avance de la civilización hace que la gente tienda a sentir cada vez *menos* satisfacción por el sufrimiento ajeno, aun para quien ha violado algún derecho.

b) Si se le diera la posibilidad de elegir a la víctima que el imputado vaya a la cárcel y ella no obtenga nada a cambio; o que el imputado quede en libertad, pero que se le obligue a pagar una indemnización, por el daño producido, o a realizar ciertos trabajos en su beneficio personal, o de algún modo reparar los daños ocasionados, las víctimas, en su mayoría elegirían ésta última posibilidad; pero el Derecho Penal con el Principio de Legalidad a su frente no lo permite. Esta posición ha generado en considerar un poco más a la víctima en el proceso penal creándose académicamente la asignatura de la "Victimología" que pretende entender mejor al agraviado en el proceso.

1.5.6 Las Críticas a la Prisión como medio razonable de retribución, en el mundo moderno ya tenemos la tendencia del "abolicionismo" surgida en Europa a partir de los trabajos de Foucault, Baratía, Hulsman, Pavarini, etc, supone una crítica a la existencia del Derecho Penal. El Abolicionismo penal constituye un

conjunto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimidad externa de la intervención punitiva sobre la desviación, por parte del Estado, pues este constituye una amenaza para la libertad individual, pues los delitos son establecidos por el propio Estado que impone las penas; pero el ejercicio del "*ius puniendi*" (a cargo del Poder Judicial) y del propio "*ius persigendi*" (a cargo del Ministerio Público) se puede apreciar que se olvidan de proteger los derechos de las víctimas.

La única alternativa válida que se encuentra para solucionar el problema es SUSTITUIR a la prisión, en los casos de crímenes de escasa entidad, por medios de satisfacción a la víctima como resarcimientos pecuniarios, trabajo en su favor, etc, que signifiquen castigos más civilizados que la prisión y se apliquen de manera efectiva; por consiguiente se entiende que la mejor solución es, nuevamente, reemplazar a la prisión como medio de castigo, por formas de satisfacción a la víctima.

1.5.7 La necesidad de Privatizar la Acción Penal, Las críticas a la esencia misma del Derecho Penal y a su autonomía respecto de quienes deberían ser los receptores principales de la protección jurídica, es decir, de las víctimas, me llevan a concluir que ha llegado la hora en el proceso de civilización del Derecho, de sustituir la naturaleza misma de los procedimientos en casos criminales de eliminar el castigo eminentemente estatal y restituir a los particulares la acción para actuar en su propio nombre y beneficio.

El estudio de los orígenes de los Derechos que han fundado jurídicamente al mundo occidental moderno (el romano y el anglosajón), muestran que, originariamente, la distinción entre el Derecho Penal y el Civil no era tajante, y que el primero no era un Derecho totalmente público, sino que tenía como titular de la acción a la víctima. En roma, en los albores de la República, el Derecho Penal tenía un trazado distinto del que hoy conocemos, pues una buena parte de lo que hoy es materia del Derecho Penal pertenecía al Derecho Privado bajo la forma de *delicta privata* (Kaser, ZPR, p,1). Delitos como el robo, el hurto o la injuria, eran perseguidos por el damnificado mediante la acción privada; esa pretensión jurisprivatista de satisfacción se hacía valer en el proceso civil y era realizado por una composición en dinero (pagada al

damnificado) o librando al autor a la venganza privada (en algunos casos por azotes). En el Derecho Romano clásico, la regla era la acusación privada. Sólo compareciendo un acusador (que no fuese al mismo tiempo juez), había lugar a un procedimiento penal.

En el derecho Anglosajón tampoco existía la distinción entre el Derecho Civil y Penal. Los particulares damnificados por un crimen debían demandar en nombre propio ante los jueces la satisfacción de la ofensa recibida. De este modo proliferaron los abogados que compraban las acciones a las víctimas poco interesadas por perseguir los delitos, y buscaban ellos una reparación. Inclusive las órdenes de detención y registros eran extendidas por los jueces de paz a pedido de los representantes de las víctimas, que eran quienes llevaban adelante las investigaciones. Ellos fueron los antecesores de los Fiscales, que adoptaron la fisonomía que hoy tienen en prácticamente todos los Derechos del mundo.

En el derecho Alemán primitivo, se pasó de la venganza privada y la faída a un sistema retributivo de composición judicial que se hacía en beneficio particular de la víctima. Con posterioridad se abandonó este principio para convertir esa composición en una retribución para el Estado. Lo que era una indemnización para la víctima, se transformó en una multa que va a parar a las arcas del gobierno.

En el derecho Oriental, donde la legitimación para accionar estaba en la víctima y su familia. Por eso, para protegerse jurídicamente ante la comisión de un crimen en su contra, las personas huérfanas normalmente se hacían adoptar por alguna familia, para que de este modo alguien pudiese ejercer las acciones penales en su nombre, y desalentar así la comisión de crímenes en su contra.

En resumen se puede encontrar en el origen de casi todos los sistemas judiciales un Derecho Penal que se ejercía por la víctima en su propio nombre. Todos estos fundamentos, hace pensar que la "privatización" de la acción probablemente traería muchas ventajas respecto de la eficiencia en la persecución de los crímenes; pues como hoy en día los Fiscales en general no tienen un interés personal en el resultado del juicio - no cobran honorarios por sus éxitos y rara vez

responden por sus fracasos -, la eficiencia de la investigación ha disminuido. Para el caso de las víctimas de delitos de escasa peligrosidad, como arrebatos de carteras, robos de estéreos en automóviles, celulares, hurtos, roturas de vidrieras en negocios, pequeñas estafas, frecuentemente ni siquiera se toman la molestia de efectuar una denuncia policial. Deberán concurrir a la comisaría y posteriormente varias veces a los tribunales para prestar declaración, perdiendo tiempo y dinero; en el caso en que se llegue a individualizar al criminal, lo máximo que pueden obtener es que se le condene a prisión, lo que a la víctima no le sirve de mucho. Por el contrario, en el caso en que se pudiese buscar una retribución en nombre propio y en el propio beneficio, seguramente las víctimas tendrían mucho más interés en que se investigasen los crímenes cometidos en su contra, y esa señal enviada al mercado movería importantes cantidades de recursos hacia la investigación y persecución de estos hechos. Podrían aparecer empresas de abogados como ocurrió en la antigua Inglaterra, dispuestas a comprarle a las víctimas la titularidad de la acción, corriendo el riesgo de perseguir al autor y tratar de obtener una reparación; el sistema se desperfeccionaría, pues la inversión de dinero en tecnología para descubrir a los autores de crímenes, con mejores y cada vez más sofisticados detectores de huellas, rastros, voces, cámaras fumadoras, etc.; en suma, la persecución de los crímenes cobraría una importancia para las víctimas, y ello haría aumentar su valor económico, convirtiéndola en un foco de inversiones.

1.5.8 La privatización de la Acción aumentaría el efecto Preventivo General del Derecho, no es posible justificar la imposición de una pena exclusivamente en la aludida función preventiva general del Derecho Penal, es decir, en la circunstancia de que la amenaza de una pena tenga una función disuasoria respecto de la gente para que de ese modo se abstenga de violar derechos ajenos. La Función Preventiva General existe, pero no puede ser el fundamento de la condena. La privatización de la acción penal aumentaría el efecto de la prevención general, pues al hacer más eficiente el sistema basado en el propio interés de las víctimas por lograr una satisfacción por el mal recibido, las posibilidades de impunidad disminuirían.

Especialmente en los delitos de escasa peligrosidad, la sanción con la que sería amenazado el criminal podría llegar a ser más gravosa en términos reales de

lo que hoy en día es. Si se tiene en cuenta que, por un principio liberal, existen varias formas de evitar el encarcelamiento efectivo para los primarios, resultaría en los hechos más graves para el criminal ocasional que difícilmente vuelva a delinquir, la obligación de resarcir los daños a la víctima, en lugar de la imposición de una simbólica pena de prisión en suspenso.

Ningún funcionario del gobierno puede tener la facultad de determinar qué es "*socialmente*" bueno o malo, y debe limitarse a proteger los derechos individuales de víctimas concretas. A ello debe sumarse que las cárceles tienen muy poco de positivo desde el punto de vista de la superación personal de quien ha cometido un crimen.

A estas alturas de la civilización, el Derecho Penal debería ser reformulado y dar lugar a formas o procedimientos mixtos, basados en la demanda de las propias víctimas en busca de sanciones que constituyan una reparación de los daños ocasionados con el crimen. Ello supondría dos cambios fundamentales respecto a la actual respuesta penal: a) a las acciones serían ejercidas por las víctimas o sus representantes, y no por el Estado; b) las sanciones a imponerse estarían exclusivamente vinculadas con la reparación del daño ocasionado a la víctima y no con un castigo impuesto por el Estado.

II.- LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD EN LOS CONFLICTOS PENALES:

2.1 INTRODUCCIÓN.- La Constitución Peruana en el artículo 159° ordinal 5° sostiene que corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte; por consiguiente el Estado ha delegado la función constitucional persecutoria en manos de los Fiscales, cuando han apreciado la existencia de un Conflicto de orden Penal, han sido respetuosos en cumplir con el encargo constitucional y fieles al Principio de Legalidad, sin embargo éste ha tenido como contrapartida a los Criterios de Oportunidad, que han venido relajando a aquel Principio, motivado por la presencia de los medios alternativos y salidas alternas al Proceso Penal y al propio Juicio Oral que es el modo normal de culminación de un Proceso.

2.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- Sostiene que el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mera discrecionalidad o arbitrio. Dice Maier, que el Principio de Legalidad se sustenta en dos principios menores y son: el PRINCIPIO DE PROMOCIÓN NECESARIA (deber de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible) y el PRINCIPIO DE IRRETRACTABILIDAD (prohibición de suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución ya iniciada)⁽⁶⁾

En esa misma idea Roxin enseña que el Principio de Legalidad respondió originariamente a Teorías Retributivas de la pena, según el cual el Estado tiene que castigar sin excepción todas las infracciones a la ley penal con el objeto de realizar la justicia absoluta; pero consideramos que el fundamento más importante para la aplicación del Principio de Legalidad se encuentra en el Principio de Igualdad ante la Ley⁽⁷⁾, pues se pretende que la persecución no quede al arbitrio del órgano estatal de perseguir o no, pues ello podría ser discriminatorio; por eso se impone al Estado la obligación de perseguir por igual todos los delitos que se comentan en una sociedad determina, sin permitir seleccionar entre ellos de manera alguna. En la actualidad el Principio de Legalidad se encuentra desacreditado, por sus implicancias prácticas: es imposible para un Estado perseguir todos los delitos, por tanto se impulsa

⁽⁶⁾ Maier, Derecho Procesal Argentino, p. 548.

⁽⁷⁾ HORVITZ, María. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. p. 47.

sistemas de selección natural o informal que redundan, generalmente, en un direccionamiento de la persecución penal hacia sectores socialmente más desprotegidos; de otro lado si bien se argumenta a favor del Principio de Legalidad que sólo a través de él se puede cumplir con los fines de la pena, pero ese argumento es puramente retribucionista, en muchos casos se puede *alcanzar* los fines de prevención general y especial sin necesidad de imponer una sanción. Aplicando el Principio de Legalidad no es cierto que se puedan perseguir todos los delitos, se conoce la **cifra negra**, que son los delitos que no se conocen porque no se denuncian. Se puede hablar también de una **cifra dorada** constituida por aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por las autoridades, no entran formalmente al sistema judicial por razones diversas: influencias políticas, gremiales, prebendas económicas, en todo caso la misma sociedad tolera ciertos delitos que engrosaran la cifra negra o dorada (el delito de aborto por ejemplo); la imposibilidad material para dar tratamiento de todos los delitos que ingresan al sistema, determina que los criterios de selección no son los mas adecuados, por lo que la justicia penal solo se ocupa de un número ínfimo de casos, cifra que se reduce mas si apreciamos que del total de casos solo algunos arriban a un veredicto condenatorio que nunca supera al 10 %⁽⁸⁾. Finalmente autorizada doctrina considera que la consagración del Principio de Legalidad en nuestro sistema procesal penal ha generado un callejón sin salida al establecer la obligatoriedad de persecución penal para todos los delitos⁽⁹⁾; razón no le falta al profesor Cubas Villanueva, pues solo en el distrito judicial de Lima, encontramos que hay 2 millones 800 mil expedientes que tienen que ser procesados⁽¹⁰⁾, esto nos ha impulsado a decir en tantos seminarios que hemos asistido, que el Poder Judicial ya colapso en la atención de casos, y no es precisamente por su falta de preparación, sino lo es porque el sistema procesal es caduco, no garantista, se presta a actos de corrupción y esta carga se debe en

⁽⁸⁾ BARRIENTOS PELLECCER. Derecho Procesal Penal Guatemalteco, p. 173.

⁽⁹⁾ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal, p. 250.

⁽¹⁰⁾ El Ministro de Economía Luis Valdivieso, en Septiembre del 2008 declaró: "*¿Que requieres? más fiscales, menos jueces, más policías, más abogados defensores, tienes que cambiar la estructura del gasto, pero al mismo tiempo tenemos 2 millones 800 mil expedientes que tienen que ser procesados, o sea todo un esquema anterior que hay que ir disminuyendo -no todos pertenecen al ámbito penal, están en el ámbito administrativo, civil- pero yo por lo menos quisiera ver en la implementación de este proceso, que tiene metas objetivas, cuántas Salas penales van a abrirse y cuántos distritos se van a incorporar al sistema*"

gran parte por pretender hacer cumplir el Principio de Legalidad, sin antes ir a salidas alternas al proceso, por eso hay una excesiva carga procesal, hecho frente al cual surge la necesidad de discriminar de manera limitada que delitos serán perseguibles, lo cual se conoce como Criterios de Oportunidad (que involucra a varias herramientas como Principio de Oportunidad, Terminación anticipada, sentencia de conformidad, Acuerdos Reparatorios, Conclusión Anticipada en juicio entre otros) que constituyen excepciones al Principio de Legalidad.

2.3 CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.- Sostiene que el Ministerio Público está obligado a conocer todas las denuncias y conflictos en estricto cumplimiento del Principio de Legalidad, empero, si la Fiscalía en cualquier parte del orbe, promovería la acción penal en todos los casos, deviene en una crisis del sistema de justicia de cualquier Estado, por el hecho que implica una desmedida saturación de la jurisdicción penal, para ello se formulan entonces medidas de carácter político-prácticas para evitar hasta donde sea posible y prudente este exceso de procesos en los tribunales así como de personas en los centros de readaptación.

Históricamente hablar de Criterios de oportunidad implica, pronunciarse sobre la Obligatoriedad o la discrecionalidad en el ejercicio de la acción Penal; al mismo tiempo que se ponía en marcha la campaña, con disciplina casi militar y reparto de funciones entre los reclutados, para atribuir el procedimiento preliminar al Ministerio fiscal, se inició otro movimiento relativo a lo que se llamó el PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, frente al PRINCIPIO DE LEGALIDAD en el ejercicio de la acción penal por el fiscal. En Aquellos tiempos iniciales a los años ochenta del pasado siglo XX la atribución de la instrucción al fiscal no era un objetivo aislado; formaba parte de un conjunto de medidas dirigidas a aumentar las facultades del Poder Ejecutivo en detrimento de las del Poder Judicial.

1. EL PRIMER MOMENTO: Principio de Oportunidad, en el proceso penal suponía en aquellos años iniciales de 1987 y siguientes el reconocimiento al titular de la acción penal de la facultad para disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio, con independencia de que se hubiera acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor determinado. Hay que advertir, inmediatamente, que cuando se hablaba del "*titular de la acción penal*" se

estaba haciendo referencia al Ministerio Público, con lo que la oportunidad lo era sólo para el órgano del Poder Ejecutivo que es el Ministerio Público, situación distinta en el país, en el cual el Ministerio Público gozaba de una autonomía relativa.

A) CRITERIO DE OPORTUNIDAD PARA EL FISCAL.- La oportunidad para el fiscal, no se entiende como aumentar las facultades de las partes acusadoras distintas del fiscal. Es decir, no estaba pidiéndose el aumento del número de "*delitos privados*" ni de los "*semi privados*", ni que se diera más campo de actuación al perdón del ofendido. La oportunidad no se refería a los particulares y a su poder de disposición del proceso penal, sino que antes al contrario la oportunidad pretendida llevaba a auspiciar, bien la supresión, bien la limitación de la acusación en manos de los ciudadanos. En el mismo sentido este llamado principio de oportunidad no atendía a aumentar las facultades de los órganos jurisdiccionales, ni en la persecución de los delitos, ni en la determinación de la pena, ni en su ejecución. Se pretendía todo lo contrario, limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales, fortaleciendo al Ministerio Público. Naturalmente, instituciones como la amnistía o el indulto no tenían relación alguna con la pretendida oportunidad. La llamada oportunidad, en el sentido en que se perseguía como objetivo político, suponía conceder amplias facultades al Ministerio Público para decidir: 1) sobre el ejercicio de la acción penal, es decir, para no ejercitarla en determinadas condiciones, con lo que no se llegaría a iniciar, bien el procedimiento preliminar o bien el juicio oral, y ello a pesar de constar la existencia de un hecho aparentemente delictivo, y 2) sobre la conclusión del proceso sin sentencia, a pesar de que de lo actuado hasta aquel momento se desprendiera, asimismo, la existencia de un hecho tipificado en el código penal. Si esa oportunidad se introdujo en el proceso penal, la exclusividad en la Administración de Justicia no correspondería en absoluto al Poder Judicial, sino también al Ministerio Público, en cuanto de éste dependería el inicio del proceso, el inicio del juicio oral y su eventual conclusión. Y de eso se sostiene que lo que en el fondo se pretende con la introducción de la oportunidad, es desplazar el poder de los titulares de la Jurisdicción por el poder del Ministerio Público, esto es disminuir el poder de un órgano independiente, como son los tribunales, para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo, como es el Ministerio Público, eso a llevado a decir al profesor español Juan Montero que se trata, en el fondo, de dar marcha atrás en algunas de las

conquistas de la civilización; sin embargo en el país no podemos decir lo mismo que el maestro Montero, sino que en el Perú, nuestro Ministerio Público goza de autonomía e independencia respecto al Poder Judicial, por tanto en nuestro caso es un avance en la civilización y la culminación del conflicto con caracteres distintos al proceso tradicional.

B) ARGUMENTOS DE UTILIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS.- Los argumentos alegados, las razones de utilidad pública e interés social, en las que pretendía hallarse el fundamento de éste principio de oportunidad, siendo indudablemente entendibles, justificarían, bien un replanteamiento de la tipificación de ciertas conductas en el Código Penal o de la pena conveniente, bien un aumento de las facultades de los tribunales, no del Ministerio Público, y a su pesar de todo ello no se buscaba estas soluciones sino que se defendía, sin más, el aumento de las facultades de este funcionario subordinado al Poder Ejecutivo (en esta parte disentimos del criterio del profesor Montero Aroca, posición que sí es válida para España, donde el Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo). En efecto, solía decirse que con la oportunidad de lo que se trataba era de: 1) Evitar los efectos criminógenos de las penas de breve privación de libertad, es decir, las graves consecuencias que para determinadas personas, sobre todo jóvenes autores de un primer delito, supone el ingreso en prisión para cumplir penas por delitos de poca importancia. Para impedir este efecto, que indudablemente existe y que hay que procurar evitar, podrían atenderse tanto a perfeccionar el Derecho penal material, esto es, la tipificación de conductas y la determinación de las penas, como a aumentar los poderes del tribunal para que, después del proceso y de la sentencia de condena, pudiera sustituir la pena de prisión por otra que no produzca esas consecuencias perjudiciales para la formación del joven condenado, y siempre con sujeción a criterios establecidos en la ley material, penal, no por la ley procesal. Sin embargo, estas otras soluciones, que eran y son perfectamente posibles y de las que hay ejemplos en otros países, no se defendían por el sector de la doctrina y de la práctica a que como hipótesis por determinados grupos políticos, prefiriéndose unos y otros el aumento de los poderes procesales del Ministerio Público. 2) Obtener la reinserción del delincuente mediante un sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación o de curación, en los casos en que el delito se hubiera cometido en situación de drogodependencia. En estos supuestos puede haber ocurrido que el autor del delito, cuando llega el

momento del proceso, se ha rehabilitado o está sometido a tratamiento o está dispuesto a someterse a él, y en estas situaciones, que deben tenerse en cuenta evidentemente, las soluciones posibles son variadas, pues cabría estar tanto a perfeccionar el Derecho Penal, en los tipos y en las penas, como a suspender la ejecución de la pena por el tribunal, y otra vez con base en criterios establecidos previamente por el legislador, pero, sin embargo, se prefería optar por el aumento de facultades del Ministerio Público, atribuyéndole la no iniciación del proceso penal o su suspensión o tal vez la adopción de un proceso de Seguridad, como el que prevé el nuevo Código Procesal Penal Peruano; y 3) Obtener la reinserción de terroristas arrepentidos o una mejor información sobre bandas armadas o narcotraficantes. También podría optarse por soluciones muy variadas, y que no tendrían que se precisamente la de aumentar el poder del Ministerio Público; sin embargo es de mencionar que en el hermano país de Colombia, se vienen intentando Criterios de Oportunidad para éstos casos de delincuencia organizada, desconocemos sus alcances, por los que nos abstenemos de seguir comentándolo lo que no impide por lo menos mencionarlos hasta donde pueden llegar éstos Criterios.

Si los fines de utilidad pública e interés social que hemos resumido - y que eran los alegados por los sostenedores de esta oportunidad - pueden lograrse perfectamente con otras soluciones en las cuales se mantiene el principio de necesidad y la titularidad exclusiva de la actuación del Derecho Penal por los tribunales, el preferir el aumento de los poderes del Ministerio Público comporta una decisión política de gran trascendencia que era y es muy reveladora de la concepción que se tiene del Estado. Atribuir el Ministerio Público, y por su intermedio al Poder Ejecutivo, la iniciativa para perseguir o no determinados delitos y delincuentes suponía y supone admitir que éste último debe ser hegemónico en la sociedad y que debe privarse al Poder Judicial de atribuciones que hasta ahora tenía reconocidas. Reconocer al Ministerio Público, con base en la oportunidad, no en la legalidad, la decisión de iniciar o no el proceso y de ponerle fin sin sentencia, no era y es más que una manera de reducir el papel del tribunal en la aplicación del Derecho Penal, a costa de aumentar el papel del Poder Ejecutivo; y en el caso peruano aumentar el Poder del Ministerio Público.

C) MEJOR UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS A TRAVÉS DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS.- Con el paso de unos años, es decir, ya

adelantados los años noventa del siglo XX, algunos de los defensores del Principio de Oportunidad, abandonando la idea de que el mismo supone un avance civilizatorio y científico, empezaron a propugnar algo sustancialmente distinto, basado en la consideración de que debían utilizarse de la mejor manera posible los limitados recursos personales y materiales que están a disposición del Estado para la persecución de los delitos, aunque se resistían a abandonar la terminología. Se partía así de la constatación de un hecho indudable. En la mayoría de los países el número de delitos que se cometen supera al número de procesos penales que pueden realizar los órganos del Poder Judicial, lo que lleva a un gran retraso en la tramitación de los procesos, con la consecuencia de que la pena en muchas ocasiones no es ya un elemento de disuasión y de rehabilitación, sino algo perturbador e incluso contrario al interés general. Lo que está en juego no es ya la oportunidad, sino el mismo sistema penal.

Este es el punto de partida, que podía incluso combinarse con fines de utilidad pública e interés social, se estima entonces perfectamente atendible y que debía llevarse a reconsiderar, no los principios del proceso penal tradicional, sino la necesidad práctica de su adecuación a la realidad. Se trataría de reconocer que el Estado en cuanto juzgador no puede cumplir las promesas que hace como legislador, que la oportunidad no propugnaba lo mejor política y jurídicamente, que debían sacrificarse postulados de civilización y ciencia jurídica a lo que es posible que debía asumirse la limitación de los recursos disponibles. Reconocido esto, el debate cambiaba completamente la perspectiva. Debemos admitir que el Estado Peruano no cumple con todas sus funciones de manera perfecta, que no puede garantizar de manera completa ni la sanidad, ni la educación, ni la seguridad pública, ni tantas otras funciones, por lo que no puede exigirse del mismo que sí cumpla de manera perfecta y completa la que podemos llamar función penal. Si los recursos son limitados, lo son para todo, y no puede esperarse que una parcela de la actividad del Estado sea perfecta, mientras que las demás tienen claras deficiencias. Así las cosas se trata de cómo utilizar mejor los medios de que se dispone, por ende la asignación de recursos que da el Estado al Poder Judicial y al Ministerio Público, comporta una decisión política que de no entenderse adecuadamente la finalidad de los CRITERIOS DE OPORTUNIDAD, el proyecto fracasaría.

2.- EL SEGUNDO MOMENTO: Superado aquella etapa en el cual se llamo Oportunidad REGLADA, debemos comprender el Principio de Oportunidad, frente a la DISCRECIONALIDAD en el ejercicio de la acción penal frente a la obligatoriedad de la misma, hay varios aspectos que los trataremos en función a los países y la opción legislativa adoptada, ellos son:

a) El ejercicio de la acción penal se ha entendido en algunos países que forma parte de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo a la hora de tomar las decisiones de política criminal. El caso más claro es el de los Estados Unidos, en donde desde casi el principio de su vida independiente se entendió, primero por costumbre y, luego, por decisiones de los tribunales, que cuando la Constitución dice que el Presidente "*cuidará de que las leyes se ejecuten adecuadamente*" le está atribuyendo la facultad de proceder contra quienes las vulneran y que ellos hacen con toda DISCRECIONALIDAD; no con criterios más o menos reglados, sino claramente con criterios de valoraciones políticas. Por lo mismo, los fiscales que son elegidos (los fiscales de los condados y de las ciudades) responden políticamente en las elecciones y los fiscales que no lo son (los federales) hace que la responsabilidad recaiga sobre quien los nombra (el Presidente); en el caso peruano, esto no es posible pues, el Fiscal es elegido por un órgano constitucional como el Consejo Nacional de la Magistratura, y los Fiscales se deben exclusivamente a la Constitución y a la Ley; esa discrecionalidad basada en la Ley, permite pues que el Fiscal pueda archivar de plano muchas denuncias, o llevarlas a criterios de oportunidad cuando las considere pertinentes.

b) Con un poco menos de claridad la DISCRECIONALIDAD se da también en el sistema procesal penal francés actual en el que el artículo 40 del *Code de procédure pénale* ordena que las denuncias se presenten ante el procurador de la República, el cual decidirá si procede o no sostener la acusación o si son procedentes otras vías alternativas.

c) En la actualidad en un terreno un tanto intermedio se encuentra el sistema alemán, en el que se ha introducido algún matiz a la obligatoriedad del ejercicio por el fiscal de la acción penal, puesto que cabe que una especie de oportunidad reglada, en cuanto se prevén los casos concretos en que el fiscal puede no sostener la acusación (son los casos por ejemplo: no persecución en asuntos de poca importancia, cumplimiento de condiciones y mandatos, archivo del caso por suspensión de pena, no persecución de hechos extranjeros, no persecución por motivos políticos, no persecución por arrepentimiento activo,

abstención de la persecución en caso de delitos regulados en el Código Penal Internacional, no persecución por tratarse de delitos accesorios no esenciales, limitación de la persecución penal por delitos no importantes; por extradición o destierro, por ser víctima de coacción o chantaje, por estar pendiente una resolución sobre una cuestión prejudicial civil o administrativa y por tratarse de un proceso penal o disciplinario en caso de falsa sospecha o injurias, por citar algunos casos).

d) El sistema de la obligatoriedad del ejercicio de la acción por el fiscal se ve del modo más claro en Italia, en donde se dedica un artículo de la Constitución, el 112, al decir: *"El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal"*.

e) En la misma situación, más o menos, está el sistema español, pues el artículo 124 de la Constitución se refiere el ejercicio de todas las funciones del Ministerio fiscal conforme a la legalidad y, por tanto, también el de la acción penal. Esta norma se completa con el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se dispone que los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que considere procedentes (Debe quedar así fuera de toda duda que en la actualidad el fiscal español no tiene discrecionalidad alguna a la hora de ejercitar la acción. Por ello debe afirmarse que hoy si el fiscal no acusa o retira la acusación puede estar incurriendo en el delito del artículo 404 del Código Penal, lo que puede ser manifiesto cuando, retirada la acusación, sigue el proceso por existir acusación popular y después del juicio oral el tribunal dicta sentencia condenatoria, pues en este caso bien pudiera suceder que la retirada de la acusación se hiciera *"a sabiendas de su injusticia"*).

Como puede verse los sistemas jurídicos van desde la DISCRECIONALIDAD hasta la OBLIGATORIEDAD, y en los dos casos prácticamente son sistemas que suponen algo más que maneras de enfrentarse al aumento de la criminalidad con medidas de eficacia práctica, pues en el fondo se trata de actitudes políticas: 1.- La OBLIGATORIEDAD en el ejercicio de la acción por el Fiscal corresponde a una concepción política en la que se priman algunos de los valores que conforman el Estado de Derecho, entendido éste en su idea clásica, y por ello se trata de defender principios esenciales como el de seguridad jurídica y el de igualdad de las personas ante la ley. El Estado priva a los ciudadanos de la posibilidad de tomarse la justicia por propia mano,

asumiendo, en régimen de monopolio, la aplicación del Derecho penal, y correlativamente *promete* a esos ciudadanos que, producido un hecho que antes se ha tipificado como delito, no lo dejará impune, lo perseguirá y aplicará al autor del mismo una pena. La seguridad jurídica impone que el Estado cumpla las condiciones de la relación que tiene con los ciudadanos, es decir, que cumpla lo que ha prometido al dictar su propia ley, pues de lo contrario la confianza del ciudadano en el Estado se perderá. Es obvio que la OBLIGATORIEDAD en el ejercicio de la acción penal refuerza el respeto del ciudadano a las autoridades y la confianza en las instituciones, que son elementos esenciales en todo sistema político. Además, de que todas las personas son tratadas de modo igual, pues impide diferencias en la aplicación de la ley. Nadie debería poder decidir que un mismo hecho cometido por una persona se persigue y castiga mientras que cometido por otra se disculpa. Por el contrario, suele sostenerse que la DISCRECIONALIDAD en el ejercicio de la acción penal por el fiscal responde a una concepción política en la que prima el ejercicio del poder por los representantes populares que ha sido elegidos democráticamente, se facilita que esas autoridades dirijan realmente la política criminal, tomando las decisiones de la misma con responsabilidad, naturalmente política. En esta opción se parte de una gran confianza en los representantes, es decir, en los gobernantes, entendiéndose que su legitimidad democrática de origen debe permitirles ejercitar o no la acción penal de conformidad con lo que estimen que es mejor en cada caso y en atención a la política criminal en general. En el caso francés es diferente, pues se basa en que el apoderamiento completo de la acusación por el Fiscal, y de modo DISCRECIONAL, responde en Francia a causas muy diferentes de las de los Estados Unidos, En Francia Napoleón, ya en el inicio del siglo XIX, terminó con la idea del Poder Judicial y lo convirtió en mera Administración de Justicia, en una parte de la Administración Pública que debe quedar en manos del Poder Ejecutivo; y es desde esta concepción desde la que los tribunales -que están integrados por los jueces menos independientes de Europa - sólo pueden juzgar de los delitos que el fiscal les somete a su consideración, sometimiento que hace desde la DISCRECIONALIDAD. Ésta es una concepción política radicalmente distinta de la que está en la base de la DISCRECIONALIDAD de los Estados Unidos, pero se trata de una concepción que no es asumida en España, dado a que en éste el ejercicio es obligatorio.

f) En nuestro sistema patrio, Perú; luego de haber dado un panorama de las dos concepciones hay que entrar ahora en la determinación de cuál de las dos se estima más adecuada para cada país y, en el caso peruano, primero cuál podría entenderse más arraigado en nuestra específica manera de entender el ejercicio de la acción penal, más conforme a la tradición y a la manera de sentir de los ciudadanos y, luego, debería entenderse el grado de confianza que nuestra sociedad siente en el momento presente frente a las autoridades, a la actitud con que los ciudadanos contemplan el ejercicio del poder y en especial por la Fiscalía de la Nación, pues el mismo es quien aparte de ser el superior de todos los Fiscales, es quien da la imagen o representa al fiscal.

La sociedad peruana como la mayoría de las sociedades castellanohablantes han asumido tradicionalmente como una aspiración colectiva la defensa de la sujeción del poder político a los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad, y lo ha entendido tanto así que cuando hemos sufrido dictaduras esos principios se han convertido en grandes objetivos políticos, por entender que comporta valores esenciales de libertad y de justicia. Mas en especial nuestro Ordenamiento se ha basado en la obligatoriedad de la acción penal por el fiscal y ha sido así, desde luego no por causalidad. Mientras en Francia los códigos procesales penales han asumido la discrecionalidad, nuestras normas adjetivas, hasta antes del Código Procesal Penal vigente del año 2006, todos han asumido el principio de OBLIGATORIEDAD en el ejercicio de la acción penal y por ende sin restricción alguna el PRINCIPIO DE LEGALIDAD; inclusive ésta tendencia se ve reflejada en nuestra última Constitución de Julio del año 1993, cuando en el artículo 159 ordinal 1 dice puntualmente: *"Corresponde al Ministerio Público: 1.- Promover de Oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho"*. La Constitución no les reconoce DISCRECIONALIDAD alguna en el ejercicio de la acción penal; pese a que ya había entrado en vigencia el Decreto Legislativo No 638 que ponía en vigencia el artículo 1 del Código Procesal Penal que contenía precisamente el Principio de Oportunidad y por ende la DISCRECIONALIDAD tan reclamada para los Fiscales; bajo éstas DOS concepciones abiertamente contradictorias venimos marchando hasta la fecha; por consiguiente podemos definir que el Principio de Oportunidad de los años noventa del siglo XX se basa, no en una concepción política de fondo, sino se baso en establecer NORMAS de DESCARGA PROCESAL, con fines utilitaristas,

de costo procesal y eficacia en la tutela judicial penal, y fundamentalmente a la utilización de los recursos disponibles, a cómo entre todos podemos llegar al principio de oportunidad, o ACUERDOS REPARATORIOS sobre aspectos concretos de la conformidad del acusados, por ejemplo, evitando la realización completa del juicio oral, a la existencia incluso de procedimientos alternativos a la hora de la imposición de las penas; aun con todo ello podemos decir que una cosa es el respeto a los principios básicos de esa convivencia, y otra la adecuación a la realidad de esos principios.

Bajo esta perspectiva y aludiendo a las funciones del órgano requirente es que, en la actualidad existen en nuestro Código Procesal Penal Peruano, normas que habilitan la posibilidad de prescindir de la persecución penal, estas normas habilitadoras derivan de lo que se ha denominado Principio de oportunidad o criterios de oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, las que encontramos en el artículo 2 de dicho cuerpo legal, pero no son los únicos, pues también se cuenta con la terminación anticipada y la conclusión de conformidad entre otras. Este principio se perfila como una excepción al principio de legalidad consagrado en la Constitución y, como regla general, en la ley procesal penal. Es discutible la naturaleza de estos criterios desde el punto de vista jurídico-constitucional, ya que la Constitución es enfática en la obligación que establece para la Fiscalía de ejercer en todo caso la acción penal, además de que tales criterios responden mas a consideraciones de utilidad social o practicidad que a formulas jurídicas. De ahí que, siguiendo esta línea, nos podemos aproximar a un concepto de lo que son estos criterios de oportunidad tomando en cuenta el planteamiento que de ellos se hace en nuestra normativa, así: **llámese criterios de oportunidad a aquellas** circunstancias prácticas o de política-criminal que posibilitan al órgano encargado de la persecución penal, solicitar al juzgador, a prescindir de ella, suspenderla o abandonarla, en los casos establecidos taxativamente en la ley, para alguno o todos los imputados por la comisión de un hecho delictivo. No se trata aquí de decir que la ausencia de persecución penal se origina en hechos que la ley establece como excusas absolutorias, excluyentes de responsabilidad penal, prescripción de la acción, no comprobación del hecho o su atipicidad, que en todo caso requieren de decisión fiscal o judicial dependiendo de la etapa en que se encuentran, sino se trata de circunstancias enumeradas por la ley para aquellos casos en que se ha comprobado la existencia del delito y que existe una apariencia de autoría o

participación basada en elementos objetivos y verificables en el proceso o en la investigación, y que por cuestiones de índole social, prácticas, de política criminal, e incluso morales se decide no iniciar o no llevar a término la pretensión punitiva, haciendo la petición formal ante el único órgano titular del ejercicio de la Acción Penal: la Fiscalía, quien decide en última instancia si es procedente o no un Criterio de Oportunidad.

El Principio de Oportunidad, ha dicho Montero Aroca: "... responde a una concepción política que proclama la libertad del ciudadano para decidir tanto qué relaciones jurídicas materiales contrae como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que cree tener, y así: **a)** Cuando se trata del **Derecho Privado**, y en él de normas que establecen verdaderos derechos subjetivos, que son principalmente económicos, el punto de partida es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de estos derechos subjetivos, de modo que se reconoce la existencia de relaciones jurídicas materiales, de las que existen titulares activo y pasivo, con lo que estamos ante la existencia de verdaderos derechos subjetivos, por un lado, y de obligaciones, por el otro. Siempre existirá, pues, quien afirma ser titular de un derecho subjetivo y a quien imputa la titularidad de la obligación, **b)** El **Derecho objetivo privado** se aplica principalmente por los particulares, y ello hasta el extremo de que los tribunales del Estado, por medio del proceso, proceden a la actuación de ese Derecho Privado sólo de modo excepcional El Derecho Privado es aplicado por los particulares millones de veces cada día y sólo en poquísimas ocasiones, por lo menos relativamente, se pide a un órgano judicial, por un particular y contra otro particular, que proceda a la actuación de ese Derecho, **c)** Cuando un **derecho subjetivo privado** es desconocido o violado, el proceso civil, y con él la actuación de un tribunal, no es el único sistema para su restauración, pues el particular que se cree titular de ese derecho puede desde dejarlo insatisfecho hasta acudir a sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos. El ordenamiento jurídico le impedirá utilizar medios de autotutela. (tomarse la justicia por su propia mano), pero le quedan abiertas todas las posibilidades de autocomposición (solución del conflicto por las partes del mismo, generalmente por medio de la transacción) y de heterocomposición (solución del conflicto por medio de la decisión de un tercero ajeno al mismo, normalmente el arbitraje, pero no el único), **d)** El acudir a los órganos judiciales del Estado, pidiendo la incoación de un proceso civil, es algo que queda en manos de los particulares,

pues son ellos lo que tienen que decidir si es oportuno o no para la mejor defensa de sus intereses el acudir a los tribunales, de modo que el proceso sólo podrá iniciarse cuando un particular lo pida expresamente y de la misma manera que la ley prevé. El Proceso no podrá iniciarse nunca de oficio por el juez, pero tampoco podrá instarlo alguien distinto en particular, alguien que no llegue a afirmar ser titular del derecho subjetivo, con lo que se excluye también al Ministerio Público”⁽¹¹⁾.

Entonces, asimilando ésta posición doctrinaria, en nuestro país debemos entender que el contenido esencial del PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD responde a una concepción política que se basa en la libertad del individuo, libertad que sirve para que aquél decida qué relaciones jurídicas materiales contrae y cómo las conforma, pero también sirve para que el mismo individuo decida cuál es la mejor manera de defender los derechos subjetivos que cree que le corresponden en esas relaciones materiales. Uno de los modos, pues, de ejercer la libertad consiste en tener la disposición de la tutela judicial de los derechos de los que se cree un individuo particular. Es aquí donde se encuentra el punto de colisión con el principio de legalidad del que se trató con anterioridad, ya que en estos casos la Fiscalía está facultada para no ejercer la acción penal que la Constitución le atribuye (Artículo 159, ordinal 5 de la Constitución).

Pero, el problema de la aplicación de estos criterios (no se juzga la conveniencia o utilidad de los mismos sino su coherencia con el resto de principios que informan al proceso penal), no se queda en el conflicto con el principio de legalidad y sus derivaciones (oficiosidad, obligatoriedad e irretractabilidad de la acción penal), sino que llega hasta un posible enfrentamiento con el Principio de separación de los poderes, y es que del análisis de estos criterios y su tratamiento legal, se establece que en tales casos el juez penal tiene muy poco que hacer, ya que el trámite implica una petición al Fiscal del caso, quien en ejercicio de sus funciones contenidas en el Artículo 2 del Código Procesal Penal puede aceptar o rechazar, pero en caso de rechazo, se debería remitir el expediente al Fiscal Superior quien decidirá en definitiva si se le da o no aplicación al criterio de oportunidad, eso no está establecido ni en la Ley procesal adjetiva, ni en el Reglamento del Ministerio Público, ni lo ha reglado

⁽¹¹⁾ MONTERO AROCA, Juan. “Proceso Penal y Libertad”. Ensayo polémico sobre el nuevo Proceso Penal. Editorial Civitas Thomson. Primera Edición, 2008, Pamplona – España, p. 317.

mediante directivas internas, y que será materia, en parte, de ésta investigación. Del análisis del concepto de criterios de oportunidad, se deduce que lo que se busca en definitiva es la exclusión de la responsabilidad penal del inculpado, lo cual era materia de estricta decisión jurisdiccional; pues, la decisión acerca de la inocencia o culpabilidad se debatía en un DEBIDO PROCESO y este corresponde en parte al juez, quien a través de la valoración de la prueba o en la ausencia de ésta, es que puede determinar a quien se condena y a quien se absuelve, por medio de una sentencia definitiva, en el cual las pruebas son producidas en debate, los mismos que deben ratificar o no la inocencia del imputado o lo culpará.

Si bien es cierto nuestro nuevo proceso penal peruano es de tipo acusatorio, que implica que el juez no está facultado para iniciar la acción penal, como sucede en los sistemas inquisitivos, el Fiscal tampoco le está dado facultad para disponer de la acción arbitraria, libre y discrecionalmente, sino que se le faculta en tanto y en cuanto la ley le autoriza bajo criterios reglados para determinar un criterio de oportunidad, y también se le autoriza a realizar valoraciones no de pruebas sino de actos de investigación, que pasan a constituir elementos de convicción que son valorados por el Fiscal al considerar que el encausado merece una salida alterna al proceso y solucionar adecuadamente el conflicto sin llegar a un proceso en la forma y modo de ley, obviamente en ello tiene que ver con las facultades de DISCRECIONALIDAD del FISCAL, pero también tiene que ver bastante con el CONSENTIMIENTO del imputado. El artículo 2 del Código Procesal Penal, establece en que casos procede la petición de prescindir de la acción penal pública, de lo cual se puede afirmar que nuestra legislación es taxativa en cuanto a este aspecto, también nos dice de que manera, o con que formalidades deberá presentarse tal solicitud. Como es lógico, pero no está de mas apuntar, la decisión de aplicar un criterio debe estar fundamentada y motivada, esto con la finalidad que se conozcan los motivos que han llevado a la parte actora a hacer tal petición, con el objetivo que el indiciado pueda aceptarla, al compartir los criterios del fiscal, o rechazarla, en caso de disconformidad no prospera la aplicación de un Criterio de Oportunidad. En este sentido, sería conveniente además, acompañar a la petición, las diligencias en que se fundamente, para que pueda el Fiscal ilustrar con mas detalle su razonamiento.

Antes de entrar a analizar los casos específicos, cabe mencionar que dada la redacción de la norma, su aplicación queda a la discrecionalidad del fiscal del caso, es decir, no regula el Código en qué debe fundamentarse la aplicación del criterio de oportunidad, pero, sí se señala en que delitos se puede hacer realidad el Criterio de Oportunidad, por eso para el primer caso es necesario se dicten normas interpretativas al interior de la Fiscalía para que contribuyan a una correcta y uniforme interpretación de los criterios de oportunidad y en cuanto a los casos no es necesario porque en Perú se ha adoptado un Criterio de Oportunidad reglado. Se observa que la disposición legal establece que la aplicación de los criterios de oportunidad es una facultad potestativa de la Fiscalía, tanto del Principio de Oportunidad ("Art. 2, ordinal 1ro: *El Ministerio Público ...podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en...*"), como de los Acuerdos Reparatorios (Art. 2, ordinal 6to, 2do p.- *El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio.*"), lo que implica que aún ante los mismos supuestos, puede generarse una aplicación desigual de la ley, y que solo puede ser evitada en virtud de instrucciones precisas y uniformadoras hacia los Fiscales. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público. Insignificancia del hecho. ¿Qué debe entenderse por insignificancia del hecho?. En principio todo delito es significativo, puesto que si está tipificado como tal, es porque el legislador ha considerado que tal conducta es lesiva de un bien jurídico, y es solo al Órgano Legislativo a quien corresponde la función de legislar (*nulla poena sine lege*). Sin embargo, de entre el catálogo de bienes jurídicos protegidos por la ley penal, hay unos que se ubican en posición de superioridad respecto de otros, no se puede negar por ejemplo, que el bien jurídico vida, es superior al bien jurídico propiedad intelectual; y es en función de esa ponderación de los distintos bienes jurídicos protegidos por la ley penal y sus distintas formas de afectación, que el legislador establece un quantum de pena, entre un mínimo y un máximo dentro de los cuales el juzgador es quien concretizará la pena a imponer; pero sabido es que el Juzgador al no ingresar a los Criterios de Oportunidad en forma contundente, será el Fiscal quien las resuelva, fuera de los casos reglados, entonces su DISCRECIONALIDAD es fuerte, manifiesta, creadora y hacedora de Justicia en la etapa de la Investigación Preliminar, por eso los de Reglado está superado si realizamos una interpretación mas profunda de la norma, en los casos ya mencionados y lo

mismo sucede para los Acuerdos Reparatorios, por ejemplo, proceden los Acuerdos, cuando se producen delitos culposos, procede en todos? El Legislador, cuando consignó sin diferenciar y simplemente enuncia a los delitos culposos, nos vamos a encontrar con una serie de casos muy ambiciosos o terriblemente audaces, por ejemplo, si hay una fuga culposa por personal del INPE procede un Acuerdo Reparatorio? Si hay un funcionario de la Municipalidad que culposamente realiza un matrimonio, procede un Acuerdo Reparatorio?, éstos y otros lo veremos posteriormente; se advierte pues problemas de criterios de discrecionalidad y de acuerdos reglados.

Uno de los criterios para justificar un Principio de oportunidad o un Acuerdo Reparatorio está en función a la pena privativa de libertad, aunque el legislador, considera que todos no merecen el encarcelamiento, sino que establece otras alternativas para algunos delitos, así, las multas, trabajos de utilidad social, arresto de fin de semana, arresto domiciliario e inhabilitación; éstos delitos son los que se atacan con los Criterios de Oportunidad en especial con el Principio de Oportunidad, empero, los Acuerdos Reparatorios son mas atrevidos, pues casi todos los delitos enumerados en el ordinal 6to del Artículo 2 del NCPP, no se refieren a aquellas penas tan nimias, sino se refieren a penas casi todas a penas privativas de libertad, el legislador en tal sentido ha incrementado la discrecionalidad reglada para el Fiscal, quien es el funcionario que por excelencia tiene que manejar adecuadamente el "*ius persiquendi*" es decir, si se abstiene o no en criterio reglados o bajo su discreción, si invita a un Criterio de Oportunidad, llámese Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio. Podemos deducir entonces que la pena es un índice de gravedad o levedad del delito, puesto que la pena de prisión es la más grave en nuestro medio, entonces lógicamente los delitos penados con prisión son los más graves y los que no, son leves. De ahí que un criterio para la aplicación del criterio de oportunidad por la insignificancia del hecho sea, el que éste tenga como sanción una pena distinta a la de prisión, salvo para el caso de los Acuerdos Reparatorios. Pero, entre los delitos con pena de prisión también existen diferencias considerables, que pueden ir desde un mínimo de 2 días hasta un máximo de dos años, esto significa que también es necesario establecer un criterio para determinar la insignificancia de un hecho. Sin embargo el legislador en los Criterios de Oportunidad, como es el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios ha dispuesto una medida reglada, para el primero, fija como

criterios que se puede aplicar en todos los delitos que no sobrepasen a la pena máxima de cuatro años, o que el extremo mínimo no debe ser superiora los dos años, que no haya sido cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, que existan supuestos eximentes imperfectos o atenuantes frente a la comisión de un delito y para el segundo caso, esto es, para los Acuerdos Reparatorios ha señalado puntualmente que procede en delitos señalados expresamente en cuales el fundamento es la disponibilidad de los derechos en juego en el conflicto penal y para todos los delitos culposos, esto es un criterio firme que ayuda al Fiscal a saber puntualmente en que casos procede, sin llegar a una discrecionalidad discutible y reprochable. Los Criterios de Oportunidad como el Principio de Oportunidad y de los Acuerdos Reparatorios son de manejo cotidiano del Fiscal, con la finalidad de poner fin al Conflicto Penal, pero en una óptica nueva que tiene que ver con una justicia restauradora y técnicas de negociación en materia penal, toda una filosofía nueva que sustentan a los Criterios ya mencionados.

2.4 REFERENCIAS HISTÓRICAS y DERECHO COMPARADO:

La Historia de los Criterios de Oportunidad.- Se presentan en diversas modalidades, dependiendo del país y continente respectivo, un breve repaso, tenemos lo siguiente:

En EE.UU., La justicia negociada, según explica Rodríguez García⁽¹²⁾, desde los primeros tiempos el acusado podía ser condenado con base en su confesión al reconocer que él había cometido los hechos que se le imputaban, lo que permitía no llegar a juicio. Esta clase de negociaciones aplicable a todos los delitos fue controvertida en los primeros momentos y hasta en la Enmienda XIV a la Constitución de los EE UU, introducida para abolir la esclavitud en los Estados del Sur, se prohibía privar a una persona de su vida, libertad o propiedad «sin el debido proceso legal». Pero a finales del siglo XIX y principios del XX pasó a ser considerada la negociación para evitar el juicio como el modo normal de resolución de los casos debido a lo costoso de los juicios y al tiempo que necesitaban para celebrarse así como a la incertidumbre que suponen para el acusado.

⁽¹²⁾ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La Justicia Penal Negociada Experiencias en el Derecho Comparado, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 120 y siguientes.

Debe partirse de la premisa de que en Norteamérica los *prosecutors* (fiscales) tienen el monopolio del ejercicio de la acción penal y lo ejercen con gran discrecionalidad e independencia de los Tribunales, aunque siempre tendrán como finalidad que el Juez acepte el acuerdo alcanzado. Dentro de la institución llamada *plea bargaining* y una vez que el acusado conoce formalmente la acusación que contra él se formula (por el Gran Jurado o por el *prosecutor*), si el acusador público le ofrece la negociación -pues ningún acusado tiene derecho constitucional a negociar su *plea*- el acusado puede negarse a declarar (*Plea of nolo contendere*), puede declararse no culpable (*Plea of not guilty*) o puede declararse culpable (*Plea of guilty*). Esta última, que conduce directamente a la sentencia, no requiere consentimiento de nadie (el Tribunal solo puede aceptarla o rechazarla cuando no cumpla las exigencias legales) y puede también ser condicionada «*conditional pleas*» en el sentido de dejar a salvo la posibilidad de denunciar después eventuales infracciones de las Enmiendas IV y V que consagran las garantías procesales básicas. En este sentido, si bien la «*guilty plea*» implica para el acusado la renuncia a recurrir después la condena (dicho en términos de traducción a nuestro léxico) no significa que renuncie a hacerlo si el motivo se basa en haber prestado ilegalmente la confesión. Las facultades que tiene el *prosecutor* durante la negociación parecen ser casi ilimitadas en el ofrecimiento de reducir la pena, o de sustituirla o incluso de cambiar los cargos por otros distintos o por una recomendación en la sentencia. Ello hace que algunos vean en este sistema peligros, como el de que el acusado llegue a declararse culpable de delitos que no ha cometido, y además sin la garantía de un juicio. La declaración de culpabilidad puede ser voluntaria, cuando por ejemplo la culpabilidad sea evidente; inducida, cuando reporte algún beneficio, y negociada, que es la más común. Esta última se celebra entre el *prosecutor* y la defensa y puede versar sobre el delito, sobre la pena o sobre ambos. En la confesión de culpabilidad el Tribunal debe comprobar el cumplimiento de determinados requisitos antes de aceptar la *plea of guilty*. que el acusado declare voluntariamente; que lo haga conociendo los hechos por los que se le acusa, los cargos contra él formulados, las penas que se piden y sus límites así como los derechos constitucionales a los que renuncia; y que el reconocimiento de hechos coincida con aquellos por los que se le inculpa. Según las estadísticas manejadas por la doctrina y la jurisprudencia en torno a 1991 el porcentaje de condenas obtenidas a través del «*guilty plea*»

oscilaba entre un 80% y un 90% del total de casos condenados (se habla también de las tres cuartas partes de las condenas), aunque el tanto por ciento baja mucho mas en los delitos graves, y es mayor en las zonas rurales que en las grandes ciudades. Al sistema se le imputan ventajas e inconvenientes. Como ventajas apunta la doctrina: Para el acusado, que cuanto atisba la posibilidad de ser condenado, consigue evitar el juicio, una pena mas leve y de manera mas rápida, y comienza antes su rehabilitación. Para el *Prosecutor* (Fiscal), logra la condena sin problemas de pruebas, evitando riesgos de absoluciones; reduce el atasco de asuntos. Para los Abogados, además de obtener la reducción de penas, ahorran trabajo por el mismo precio y dicen haber obtenido un buen acuerdo para su cliente. Para el Estado no solo porque la obtención más rápida de la pena hace que ésta sea más eficaz y cumpla mejor sus fines sino por el ahorro de tiempo y mayor celeridad que supone en la administración de la justicia. Pero también resalta muchos **inconvenientes**: Un posible trato discriminatorio de las personas marginadas que no cuentan con abogados hábiles en la negociación frente a los profesionales del crimen que son dirigidos por expertos consejeros legales. Un atentado al principio de legalidad porque las penas pierden su fin de prevención general y especial al poder obtenerse con la negociación grandes rebajas que administran como en un mercado los administradores de la justicia (*procurators*) con excesivo poder y discrecionalidad, a veces regida por intereses particulares (como los electorales), sin que en ello tenga nada que ver el legislador. Una lesión de garantías constitucionales pues el acusado se verá privado de ellas al declararse culpable y muchas veces sin serlo o con grandes posibilidades de haber sido absuelto. La declaración de culpabilidad es, en la realidad, muchas veces desconocedora de la certeza de las pruebas de cargo y se realiza en demasiadas ocasiones por miedo a una posible condena y por la presión que se ejerce sobre personas que son inocentes. Existe un trato desigual entre los condenados con juicio que obtienen penas más severas por el mismo hecho que los condenados mediante negociación. Este sistema de negociación (*plea bargaining system*) y declaraciones de culpabilidad (*pleas of guilty*) también se utiliza en Gran Bretaña con resultados porcentuales algo mas bajos.

En ALEMANIA, A diferencia del carácter general que en origen tiene la aplicación del principio de oportunidad en el ordenamiento de los EE UU de

América, en Alemania se restringe por el contrario a determinados supuestos que pueden agruparse, siguiendo a Roxin⁽¹³⁾, de la siguiente forma: 1. Delitos perseguibles mediante acción privada, respecto de los cuales y justamente por haberse incluido en ese grupo, el Estado pone de manifiesto su desinterés en hacerse cargo de su persecución. Rige en ellos el principio de oportunidad - entiende Armenta Deu- (aunque a mi me parece mas bien que se trata de una opción utilizada por el legislador, como puede ser, por ejemplo, la que realiza cuando opta por la descriminalización de determinadas conductas) ya que no puede obligarse a los particulares a perseguir dichos delitos ni a someter tal aspecto a criterio alguno que pudiera establecerse legalmente (esto es mera consecuencia de la privatización de estos delitos que carecen de interés público para la ley). Se trata de la primera forma de persecución que se desarrolla históricamente pues el castigo del culpable comenzó siendo un derecho del ofendido o de su grupo hasta que el Estado prohibió la venganza y se atribuyó el ejercicio del *ius puniendi* para evitar la aplicación coactiva del Derecho por el sujeto privado y porque vio en el ejercicio de ese derecho un interés público. Lo curioso -y esta es la verdadera introducción del principio de oportunidad- es que si a pesar de tratarse de uno de estos delitos privados el Fiscal estimara que existe un interés público en su persecución, podrá (el Fiscal) actuar la acción penal e iniciar el proceso o intervenir en el ya incoado por el particular, pasando entonces este a ocupar la posición de actor accesorio. 2. Delitos en los que exista un interés contrapuesto al de la persecución penal y de mayor peso que éste. Como también en Alemania el *Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, se contemplan* supuestos en los que el Fiscal, y en ocasiones el Fiscal General del Estado, puede acordar el archivo de las actuaciones, suavizar las penas o sustituirlas por imposiciones o mandatos: a) Si estima que la realización del proceso provocará el peligro de una grave desventaja para el Estado o cuando se opusieran a la persecución otros intereses públicos (generales o de la comunidad) superiores, el FGE puede acordar el archivo. En estos casos y por las mismas razones el FGE puede desistir de la acción en cualquier fase del proceso *y archivarlo*, b) *En determinados supuestos, si el arrepentimiento activo del acusado sirve para esclarecer el hecho delictivo o para evitar sus*

⁽¹³⁾ ARMENIA DEL), Teresa. Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España. PPU, 1991, P. 23.

consecuencias, el Fiscal puede archivar u ofrecer una penas más suaves, c) Si se puede ayudar a la víctima de un chantaje no persiguiendo el hecho delictivo con el que está coaccionada cuando dicho delito le sea imputado a ella o a persona con la que exista suficiente proximidad afectiva, el Fiscal puede decretar el archivo, pero esta decisión exigirá ponderar los fines de prevención general y especial, la participación del coaccionado en el descubrimiento del chantaje y la existencia de un interés público en la persecución, d) Si en determinados delitos de escasa relevancia (pena privativa de libertad inferior a un año) se plantea una cuestión prejudicial ante otro orden jurisdiccional civil o administrativo y es resuelta en el plazo señalado por el Fiscal, que también puede variarlo, cabe el archivo del procedimiento penal. Algo parecido ocurre con los procesos disciplinarios, e) En la denominada pequeña criminalidad o de escasa reprochabilidad, el Fiscal esta facultado para decretar el archivo cuando concurren dos requisitos: escasa culpabilidad y falta de interés público en la persecución. Este archivo deberá ser confirmado por decisión motivada del Juez, salvo que concurren además otros tres requisitos, en cuyo caso no es necesaria la intervención del Juez: tratarse de un delito contra la propiedad, haber producido escasos daños y ser mínima la pena. En estos casos se ofrecen al acusado determinadas condiciones o mandatos que ha de cumplir a cambio del archivo. Es cierto que existe en Alemania un procedimiento para obligar al ejercicio de la acción penal dado que hace tiempo ha sido rechazada la llamada acción popular. Sin embargo este procedimiento no es aplicable a la casi totalidad de los casos en los que rige el principio de oportunidad, ya vistos. **Alemania cuenta pues con una experiencia de años sobre la aplicación del principio de oportunidad con amplias facultades discrecionales otorgadas al Fiscal** y ello es conveniente también conocerlo y analizarlo no solo en su teoría sino en los resultados obtenidos de su aplicación.

En ITALIA

Tras la reforma del Código Procesal Penal Italiano de 1930 (Código Rocco) por el nuevo de 1988, que entró en vigor en 1989, el Ministerio Público monopoliza el ejercicio de la acción penal mediante el ejercicio de la acusación obligatoria, manifestación del principio de legalidad procesal. Pero un ejercicio de esta naturaleza produce necesariamente muchos

procedimientos y muchos juicios, con el consiguiente retraso en las decisiones de la Justicia y su encarecimiento. Por eso, como compensación al principio de legalidad y obligación de juzgar los hechos delictivos, se comenzó en los años 1980 tomando medidas legales de despenalización de determinadas conductas y de creación de ilícitos administrativos para después pasar a la regulación de un tipo de proceso denominado «*patteggiamento*» encuadrado en el modelo denominado «*Istruzione senza dibattimento*» que consiste en que antes de que se produzca la apertura del juicio oral puede el Ministerio Fiscal y el imputado llegar a un acuerdo para solicitar del Juez que concluya el proceso y que se sustituya la pena de prisión por otra de libertad controlada o de multa. Se aplica únicamente si el delito está castigado con pena no superior a tres meses. Ello supone la introducción del principio de oportunidad. Contra la sentencia que recaiga el imputado ya no puede recurrir en apelación. Solo puede hacerlo el Ministerio Fiscal.

En PORTUGAL

La gran reforma procesal en Portugal tuvo lugar cuando se aprobó el Código del Proceso Penal en 1987. Se atribuye al Ministerio Público la competencia exclusiva para promover el proceso penal con carácter obligatorio (legalidad procesal: *nulla poena sine iudicio*) en la persecución de los delitos públicos. Pero también se introduce en forma mitigada el principio de oportunidad para lo que se llama pequeña y mediana criminalidad, consagrando diversas formas de consenso procesal. «El archivo por dispensa de la pena» es un procedimiento que permite el archivo del proceso a instancia del Ministerio Fiscal antes o después de haber formulado la acusación y siempre que se trate de un hecho punible sancionado con pena privativa de libertad no superior a seis meses o solo con pena de multa no superior a 120 días, que el daño hubiere sido reparado y no se opongan razones de prevención. Si se realiza antes de formularse acusación exige la concordancia del Juez de Instrucción. Si es después de la acusación, también debe intervenir el acusado quien podrá oponerse al archivo sin juicio. «La confesión integral de culpabilidad» es otra manifestación del principio de oportunidad que puede tener lugar al comienzo del juicio cuando el acusado confiesa su culpa y el Presidente del Tribunal ordena pasar a las alegaciones de las partes y a señalar pena, salvo que decida no obstante tal declaración continuar

el juicio y practicar las pruebas. Se aplica a los hechos sancionados en abstracto con penas de prisión no superiores a tres años. Para esta clase de delincuencia menor (penas de prisión no superior a tres años u otra clase de penas) se regula también la llamada suspensión provisional del proceso a cambio del cumplimiento de determinadas reglas de conducta. Por su lado, el llamado «*proceso sumarísimo*» (previsto para penas que no sean de prisión) permite al Ministerio Fiscal requerir al acusado ante el Tribunal para que diga si acepta las penas y demás responsabilidades que se le piden. En caso afirmativo, se documenta la aceptación y viene equiparada a una sentencia condenatoria no recurrible.

Derecho Comparado de los Criterios de Oportunidad en Sud América.-

En el Derecho Comparado de ésta parte, tenemos manifestaciones muy variadas, en cuanto al reconocimiento del Principio de Oportunidad y de los Acuerdos Reparatorios, así tenemos los siguientes:

ARGENTINA

En este país, el Principio de Oportunidad no está definido en ningún precepto legal, e históricamente se lo conoce como una manifestación en sentido contrario al de legalidad. La doctrina y la jurisprudencia son los que han venido reconociendo la existencia de "Criterios de Oportunidad" que comienzan a revertir muy lentamente este sistema rígido y sin excepciones, por consiguiente el Principio de Oportunidad se reconoce como una excepción al principio de legalidad y a la obligación que tiene el Ministerio Público de ejercitar la acción penal; una ley pionera en este sentido fue la Ley 23.771 Ley Penal Tributaria y Provisional⁽¹⁴⁾, el que a través de su artículo 14, ya desde el año 1990 introdujo el Principio de Oportunidad no en el sentido de abstenerse en el ejercicio de la acción penal, sino que iniciada la persecución y la obligación estatal de perseguir estos hechos, se autorizaba la aplicación del principio de Oportunidad con posterioridad, se comenzó aplicando a los delincuentes primarios y en relación a ilícitos de poca envergadura, cuyas características y monto sancionatorio permitía aplicar la condena condicional y para los casos en que se ha afectado la obligación tributaria o provisional, previo pago de su importe; su

⁽¹⁴⁾ STIPPEL, Jorg. Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina. Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires - Argentina, p. 63.

rasgo fundamental fue simplificar las etapas con el objeto de acelerar el procedimiento y lograr una resolución definitiva en corto tiempo, por tanto fue una salida alternativa al juicio. Uno de los problemas de la aplicación de estos criterios de oportunidad en Argentina es que no existen casos reglados para la aplicación, sino que estos están controlados por la discrecionalidad del Fiscal como titular del ejercicio de la acción penal: máxime que cada provincia tiene su código de procedimiento penal con su propia particularidad; pero ello no ha impedido que el Procurador General de la Nación en coordinación con la Fiscalía General establezcan por ejemplo que cuando un delito pueda ser resuelto sin el proceso se pueda recurrir a acuerdos entre la víctima e imputado con la finalidad que superen el conflicto, pero que todos los Fiscales deben convocar y recurrir a la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos del Ministerio de Justicia, directiva vigente desde el 22 de Junio de 1990. Otra directiva similar vigente del 27 de Abril del 2000, precisa que los Fiscales podrán aplicar el Principio de Oportunidad, cuando la pena no supere a los 3 años, también cuando por las circunstancias de la comisión del delito habrá una suspensión a prueba, dentro de un proceso Abreviado; y dentro del cual deben reconocerse atenuantes; todos éstos antecedentes generaron que en Buenos Aires, el 26 de Abril de 2002, se presentara el Proyecto de Ley sobre "Principio de Oportunidad" presentado por el procurador general de la Nación ante la Cámara de Diputados. Finalmente por Ley 6730 el Principio de Oportunidad fue introducido en Mendoza con todos los criterios arriba enunciados y se ha ido extendiendo desde entonces a todo el país; en concepto de Julio Maier, los criterios de oportunidad están conspirando al Principio de Legalidad. Pero, en conclusión no se reconocen a los Acuerdos Reparatorios como Criterios de Oportunidad.

BOLIVIA

Las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal boliviano, no precisan específicamente las instituciones consideradas como salidas alternativas al proceso penal, si están expresados los Criterios de Oportunidad y la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley No 2175 de 13/2/2001), se refiere de manera general "*....a la aplicación de Criterios de oportunidad y demás salidas alternativas previstas por ley....*". El Criterio de Oportunidad adoptado por éste

país, comprende al Principio de Oportunidad, que son los casos de hechos punibles de escasa relevancia social, de mínima culpabilidad, de pena menor, de la aceptación del perdón del ofendido; y como efecto de ello es que debe firmarse un acuerdo con la víctima en ese sentido y previo pago de la reparación civil se emitía la decisión que prescinde de la persecución penal y como tal se extinguirá la acción pública en relación con el imputado y los demás partícipes. Lo que sí resulta interesante es que el artículo 27 inciso 6to del NCPP, precisa que la acción penal pública se extingue por la reparación integral del daño particular o social causado, realizado hasta la audiencia conclusiva, en los delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos que no tengan por resultado la muerte, siempre que lo admita la víctima o el fiscal, según el caso. Por su parte, el artículo 65 de la N.L.O.M.P. indica que cuando el Ministerio Público persiga delitos de contenido patrimonial o culposos que no tengan por resultado la muerte, y siempre que no exista un interés público gravemente comprometido, el fiscal de oficio o a petición de parte, deberá exhortarlas para que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse, pudiendo incluso solicitar el asesoramiento o auxilio de personas o entidades especializadas en conciliación, disponer se realicen en centros especializados a solicitar al juez de instrucción convoque a las partes a una audiencia para tal efecto; el efecto que produce este tipo de CONCILIACIÓN⁽¹⁵⁾ es la extinción de la acción penal. Obviamente el NCPP reconoce a la aplicación del Principio de Oportunidad durante la etapa preparatoria del proceso, con los criterios que se conoce. Tanto las Conciliaciones para delitos culposos o de contenido patrimonial y los Principios de Oportunidad son solicitados por el Fiscal ante el Juez de instrucción o Tribunal de Sentencia; quienes para el caso de Conciliaciones procederán a homologarlos y para el caso de criterios de oportunidad deben emitir la resolución del procedimiento abreviado, decidir la suspensión del proceso a prueba para los casos de Principio de Oportunidad; y finalmente que es el Juez de Ejecución Penal quien controla la ejecución de las sentencias y de las condiciones impuestas en estos criterios de oportunidad: en ambos casos se produce la extinción de la acción penal, no existe control posterior. Estos criterios de Oportunidad tienen escasa aplicación y el número de salidas alternativas también son mínimas por los operadores del sistema. En el caso particular del

⁽¹⁵⁾ PETERSEN, Edgar. Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina. Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires - Argentina, p. 193.

procedimiento abreviado - en el cual se aplican ambos criterios - se han presentado dificultad para determinar los alcances de la actividad probatoria que el fiscal debe realizar para demostrar la participación del imputado en el hecho y que ésta se suscitó de esa manera.

COLOMBIA

En Colombia, se tiene perfecto conocimiento por el esfuerzo que se hizo, por implantar el Principio de Oportunidad, la conciliación, la terminación del proceso por indemnización integral, la sentencia anticipada del proceso penal, la cláusula general de aplicación del Principio de Oportunidad y se incorporan allí otras alternativas como son la Conciliación en materias patrimoniales y las Indemnizaciones Integrales, son acogidas por el Código de Procedimiento Penal, Ley 600 del año 2000, con ello se logra la disminución de las investigaciones de oficio, se da un reordenamiento pacífico y eficaz de las condiciones propias de la integración comunitaria, atempera el fragor y destructivo alud de procesos penales; autorizada doctrina considera que también forma parte de éste abigarrado conjunto de soluciones penales basadas en los Criterios de Oportunidad y de salidas alternativas en el proceso penal, el *"beneficio por colaboración" con la justicia*⁽¹⁶⁾. Para los efectos de esta investigación nos interesa la CONCILIACIÓN en el sentido que son mecanismos de resolución de conflictos que proceden en Colombia para aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral, se realizan entre los sujetos procesales a su petición o de oficio, o pueden ser representados por sus apoderados o sus apoderados legales (abogados); y si llegan a un acuerdo, el funcionario judicial lo aprobará cuando lo considere ajustado a la ley; la terminación del proceso está condicionado al cumplimiento de lo pactado, caso contrario se continuará con el proceso. Es posible que la Conciliación se cumpla por ante un Centro de Conciliación oficialmente reconocido o ante un juez de paz, pero en ambos casos el Juez de Garantías debe aprobar u homologar las Conciliaciones celebradas extraproceso. En cuanto a la INDEMNIZACIÓN INTEGRAL, se admiten también los desistimientos, para el caso de los homicidios culposos o lesiones

⁽¹⁶⁾ CAMILO OSORIO, Luis. Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina. Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires - Argentina, p. 232.

personales culposas, cuando no concurren agravantes que relatan los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuencias transitorias, en patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos salarios mínimos mensuales vigentes, y la acción se extinguirá para todos los sindicados cuando se repare integralmente el daño ocasionado; no proceden para los casos de hurto calificado, extorsión, violación de los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección; la reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

CHILE

A partir del año 1993, Chile viene desarrollando la reforma del sistema procesal penal, la que se impulsa y enmarca dentro de la voluntad de abandonar el modelo inquisitivo del actual sistema penal en vigencia, para establecer el sistema acusatorio. El objetivo principal del cambio ha sido separar la función de perseguir el delito y acusar a determinadas personas como autores, cómplices o encubridores, de la función de juzgar para sancionar o absolver. Con respecto al Principio de Oportunidad conforme al artículo 170 del nuevo Código se consigna que los Fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la va indiciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, para ello el Fiscal debe emitir una decisión motivada, y comunicada al Juez de Garantías, éste debe resolverlo. Si el Juez desestima el pedido del Fiscal, éste queda vinculado a continuar con la persecución penal, con similares características de un Principio de Oportunidad Peruano.

Pero en cuanto a los ACUERDOS REPARATORIOS, se considera como una de las principales salidas alternativas en el nuevo Código Procesal Penal Chileno, pues busca realizar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado: se señala también que con el uso de este mecanismo el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos. Los Acuerdos Reparatorios Chileno se encuentran

reconocidos en el artículo 241 del C.P.P. y procede cuando se cumplen los tres requisitos⁽¹⁷⁾: 1) Sólo pueden referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistente en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos; 2) El imputado y la víctima deben prestar su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos (inciso 1°), bajo este sustento ambos son informados en los derechos que renuncian, el imputado respecto a los derechos de motivación de resoluciones, principio de inocencia, derecho a un juicio público y a controvertir la prueba y la víctima debe estar informada, que si acepta el acuerdo reparatorio esta extingue la responsabilidad sin posibilidad de reabrirse; y que por ello ambos deberían estar acompañados de sus abogados; y 3) No puede existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. La reparación puede tener distintos contenidos, no sólo pecuniarios, puede consistir en una disculpa formalizada o en un trabajo a favor de la víctima.

Del Procedimiento, cuando ocurra un conflicto de orden penal, y la noticia criminal es de conocimiento del Fiscal, éste tiene la facultad exclusiva de evaluar si el conflicto puede ser resuelto mediante la Conciliación, en cuyo caso requiere de inmediato la intervención de la Unidad Regional de Víctimas y Testigos, quien procederá a invitar a la víctima y testigo para que concurran voluntariamente a su presencia: antes de la Audiencia correspondiente la Unidad informará al Fiscal sobre el proceso de conciliación o mediación: el mismo Fiscal también podrá pedir que las partes concurran voluntariamente a un Centro Especializado de Conciliación o Mediación, pero los Fiscales no podrán en ningún caso conducir procesos de conciliación o mediación penal puesto que no son terceros respecto de las partes, sino que, por el contrario, ejercen la acción pública en contra de una de ellas, cual es el imputado; y si el Acuerdo Reparatorio procede recién los Fiscales piden su aprobación final al Juez de Garantías.

Bien Jurídico disponible, es aquel cuya afección puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal. En consecuencia, disponible es el bien jurídico que se ve afectado por un delito que deja de ser tal por el consentimiento de la víctima en la ejecución

⁽¹⁷⁾ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina. Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires - Argentina, p. 268.

del hecho o que puede perdonarse por ella con posterioridad a él. Por tanto, constituye un indicador de disponibilidad la inclusión de un delito entre los que no pueden perseguirse sin previa instancia particular, como los señalados en el artículo 54 del C.P.P. y en otras leyes especiales de Chile. La instructiva General 18, señala una serie de delitos en los cuales se considera que se está frente a *Bienes Jurídicos disponibles de carácter patrimonial* y son: hurto, hurto de energía eléctrica, hurto de hallazgo, usurpación no violenta, usurpación no violenta de aguas, alteración o destrucción de deslinde de propiedad particular, daños simples, estafa, entrega fraudulenta, suscripción engañosa de documentos, celebración fraudulenta de contrato aleatorio, apropiación indebida, administración fraudulenta, abuso de firma en blanco, hurto de posesión, celebración de contrato simulado, destrucción de la cosa embargada, depositario alzado, delito contra la prenda sin desplazamiento, delitos contra la prenda industrial, delitos contra la prenda agraria, delitos relativos a almacenes generales de depósito, falsificación de instrumento privado, uso malicioso de instrumento privado falso, delitos contra privilegios industriales y derechos de propiedad industrial, obtención fraudulenta de créditos, giro doloso de cheque; Los Fiscales deben evaluar con detención la procedencia y conveniencia de los acuerdos reparatorios en bienes que se afecta fundamentalmente al bien jurídico patrimonio: Robo con fuerza en lugar no habitado, robo de cosas en bienes nacionales de uso público, robo de cables o alambres, robo o hurto de vehículos y el abigeato, fabricación de o destrucción de deslindes de propiedad pública, incendio de objetos de poco valor, delitos contra la propiedad intelectual, usura, delitos de los proveedores. Finalmente previa evaluación por los Fiscales y utilizando la directiva pueden aplicar para bienes jurídicos de mayor entidad v son: robo calificado, robo tipo simple con violencia o intimidación, extorsión, piratería común, robo por sorpresa, robo con fuerza en lugar habitado, receptación, exacción ilegal, destrucción de documentos, suposición de remuneraciones a empleados públicos, obtención de prestaciones previsionales, daños calificados, usurpación violenta, usurpación violenta de aguas, incendio calificado, adulteración de contabilidad en incendio, estragos, y delitos culposos como homicidios y lesiones por imprudencias temerarias, y obviamente los culposos por imprudencia simple del facultativo o dueño de animales o con infracción de reglamentos. También se aplicaran aún en la existencia de concurso real o

ideal, por ejemplo el caso de que para estafar falsifica el documento, procede el acuerdo respecto a la estafa y no respecto a la falsificación de instrumento público.

Interés Público prevalente, Corresponde al Ministerio Público Chileno alegar la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, no obstante el Artículo 241°, tercer párrafo⁽¹⁸⁾ faculta también al juzgador para negar la aprobación de un acuerdo reparatorio por tal motivo. En efecto, en Chile se da la posibilidad al Fiscal Chileno de que no obstante proceder un acuerdo reparatorio atendiendo a la naturaleza del hecho punible y que el consentimiento se ha prestado en forma libre y plenamente informada, el fiscal puede negarse a su aprobación por existir un *"interés público prevalente"* en la continuación de la persecución penal; entienden que por la existencia de este interés el conflicto provocado por un delito de mediana gravedad debe enfrentarse mediante la imposición de una pena y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos concretamente afectados en sus intereses particulares. Por ejemplo en Chile, se considera que concurre un *"interés público prevalente"* cuando el imputado hubiera incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular, se trata de reincidencia específica, esto es haber sido el imputado condenado anteriormente por delitos de la misma especie que aquel que es objeto de acuerdos reparatorios, aunque condicionar la exigencia de condenas anteriores se condice con el principio de inocencia el cual se vería vulnerado de entender que esta norma alude a hechos anteriores de la misma especie que no hubieren sido objeto de sentencias condenatorias firmes. En todo, caso para la legislación chilena puede estimarse que concurre un interés público prevalente, entre otros, en los siguientes casos: La existencia de otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principal vulnerado por el delito objeto de acuerdo reparatorio; la constancia de haber llegado a un acuerdo reparatorio por el mismo delito al menos en dos veces anteriores al proceso penal; y la concurrencia de agravantes objetivas.

⁽¹⁸⁾ En efecto el Artículo en comento del Código Procesal Chileno dice: *"En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular."*

Los Acuerdos Reparatorios siempre son aprobados luego de la formalización de la investigación; también pueden ser acordados en Audiencia Especial; también en la propia Audiencia de preparación del juicio oral, si se encuentra cerrada la investigación. El Registro del acuerdo reparatorio se hace con el carácter Reservado. Sin embargo, la víctima puede solicitar la información. Conforme al artículo 335 de su Código bajo el Principio de Confidencialidad, lo discutido en un Acuerdo Reparatorio no se puede incorporar como medio probatorio al juicio oral, ni sus antecedentes con relación al caso.

Uno de los problemas fundamentales que han tenido en Chile ha sido el efecto del sobreseimiento definitivo en la causa por el solo hecho del acuerdo. Con lo cual se extingue total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado, esto de conformidad con el artículo 242 y su eventual ejecución de lo acordado y cumplimiento se exigirá ante el Juez de garantía con arreglo a lo previsto por el artículo 233; dicho acuerdo reparatorio no puede ser dejado sin efecto por ninguna acción civil. Esto genera una situación de inequidad para las víctimas en relación con el imputado, pues para éste último es suficiente una manifestación de voluntad para sustraerse de la esfera del sistema penal no siendo necesario que dé cumplimiento a los compromisos asumidos en el acuerdo. Su posterior incumplimiento no retrotrae los efectos, es decir, la infracción penal y la conducta quedan impune al mismo tiempo que la víctima no ha obtenido la satisfacción de su pretensión. Por su parte la víctima debe indiciar un proceso de naturaleza civil en sede penal, para obtener el cumplimiento de lo prometido en el acuerdo, situación no exenta de dificultades, entre otras, la necesidad de contar con un abogado que la represente, pues en este caso no es el Fiscal el llamado por ley a activar una acción de cumplimiento; por ello posición de la doctrina considera que el Acuerdo Reparatorio debe extinguir el delito tan pronto se pague o resarse el daño causado, no antes, de ese modo sería una salida alterna adecuada a resolver el conflicto conforme a los intereses de la víctima. Permitir que el acuerdo reparatorio sea posible solo con las manifestaciones de voluntad y acuerdo del imputado y el agraviado, sin que exista aprobación del Tribunal permite inferir que pueden existir "*acuerdos encubiertos*" y que las causas pueden tener, en definitiva, una causal de termino distinta que tergiversar las estadísticas del uso de este mecanismo. Por

consiguiente, la aprobación de los acuerdos debe exigir por lo menos la presencia de las partes en la Audiencia respectiva, para disipar las dudas ya mencionadas. Deberían finalmente las unidades de víctimas y testigos actuar como mediadoras en los procesos de búsqueda de acuerdos reparatorios con las víctimas y los imputados. Esto con la finalidad de dar certeza de neutralidad a las partes. Por tanto, dichas Unidades deben actuar como asesores y deberían actuar representando a la Víctima en la negociación y no actuar como mediadores pues finalmente la Unidad y los profesionales que en ella se desempeñan están insertos en la institución que persigue a una de las partes, el imputado.

ECUADOR

En Ecuador, en cuanto al Principio de Oportunidad, es el poder discrecional del Ministerio Público para decidir la conveniencia o no de ejercitar la acción penal en un caso concreto. En ese sentido se contrapone al Principio de Legalidad, en cuya virtud el Fiscal a quien llega la noticia de un delito tiene la obligación de actuar, independientemente que cuente con posibilidades reales de prueba o a la poca *significación social* del hecho. Lo primero (posibilidades reales de prueba) es lo que se denomina el principio de oportunidad técnica, y si se consideran los factores relativos a la conveniencia social del procesamiento, oportunidad plena. Si la determinación de estos factores está librada a la apreciación del fiscal, estamos frente a la oportunidad discrecional y si tales factores están expresamente señalados en la ley, se tratará de una oportunidad reglada⁽¹⁹⁾

Desde las reformas constitucionales de 1998 al Ministerio Público le corresponde un nuevo papel en el proceso penal, delineado por el artículo 219 de la Constitución cuyo primer inciso dice: *El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación procesal y*

⁽¹⁹⁾ En efecto el Artículo en comento del Código Procesal Chileno dice: *"En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.*

preprocesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal". Alberto Wright, jurista ecuatoriano, sostiene la tesis de que se trata de una norma que consagra aunque de un modo deficientemente expresada el Principio de Oportunidad, técnica en el ejercicio de la acción penal, en efecto reconoce que hay dos momentos en que se reconoce discrecionalidad al Fiscal para que evalúe la oportunidad de su actuación: **la discrecionalidad para resolver si se inicia o no la etapa de instrucción y la discrecionalidad para acusar o pedir el sobreseimiento.**

Como una alternativa al principio de oportunidad podríamos apuntar a lo que señala el artículo 37 del C.P.P., que puntualmente se lo denomina como **"conversión"**, por lo cual las acciones de acción penal pública pueden ser transformadas en privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido. Esta conversión sólo se da en los siguientes casos: en los delitos contra la propiedad y en los delitos que el Código Ecuatoriano llama de instancia particular: violación de domicilio, revelación de secretos fábrica, hurto, estafa y defraudaciones; y, robo, con fuerza en las cosas. No existe en la legislación positiva otras alternativas o salidas al principio de oportunidad. La conversión de la acción penal de pública a privada, que no es otra cosa que la posibilidad que tienen los sujetos de la relación procesal penal, de cambiar la acción penal pública, o de oficio, a acción penal privada o que la puede perseguir solo el ofendido; posibilidad que debe cumplir ciertos requisitos de procedibilidad, contemplados en la misma disposición legal. Esta novel institución en su aplicación práctica, ha presentado varias dificultades, no solo por parte de los señores Jueces, sino de los miembros del Ministerio Público de Ecuador.

El problema que puede presentarse en la aplicación de esta Institución, es cuando el Fiscal de la causa, autoriza la conversión de la acción bajo dos supuestos: el primero, sin ajustar sus actuaciones a la norma antes transcrita o excediendo sus facultades y la segunda, ajustándose a sus atribuciones; la pregunta surge en el sentido de sí el Juez que conoce la Instrucción Fiscal respectiva, se encuentra facultado para oponerse a la solicitud del Agente Fiscal, cuando según su criterio, sí se encuentra comprometiendo gravemente un interés

público, a sabiendas que la titularidad de la acción penal, la ostenta el Ministerio Público, en efecto su facultad fluye de lo previsto por el Artículo 37 del Código de Procedimiento Penal que habla sobre la institución y dice:

"Conversión.- Las acciones por delitos de acción penal pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o del representante, siempre que el Fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido, en los casos siguientes: a) En cualquier delito contra la propiedad. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno haya presentado la acusación particular; y, b) En los delitos de instancia particular." **Es una realidad e innovación del nuevo procedimiento penal ecuatoriano,** consagrada en el Art. 37 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, siempre que se cumpla con varios pasos previos, que a saber son: 1.- La solicitud del ofendido, de que se convierta dicha acción, de pública a privada; 2.- Que el fiscal autorice dicho procedimiento; 3.- Que el delito que se investiga sea contra la propiedad o que éste sea de instancia particular, es decir que proceda su investigación previa presentación de denuncia por parte del ofendido, lo cual nos obliga a revisar, cuales son esta clase de delitos, en cuyo caso nos remitimos al Art. 34 del Código Adjetivo Penal, que enumera a la revelación de secretos de fábrica y las estafas y otras defraudaciones, que vendrían a ser los únicos casos en los cuales se puede autorizar la conversión de la acción, obviamente damos por sentado y conocido que éste procedimiento es propio de la instrucción Fiscal, toda vez que antes de esta instancia procesal no existe todavía acción penal. Sin embargo merece especial atención la autorización que debe dar el Fiscal para la conversión, ya que la autorización está condicionada a que los hechos que se investigan no hayan comprometido gravemente el interés público; pero quien califica este elemento denominado, "Interés Público": la ley al respecto no dice nada, confiando únicamente en el buen criterio del Fiscal ecuatoriano, dada su condición de defensor de la sociedad, y a quien se le ha confiado la facultad de autorizar dicha conversión, la misma que por mandato constitucional, como se transcribió, deberá ser debidamente fundamentada, en uso de la titularidad que tiene del ejercicio de la acción penal, análisis que es más bien de carácter subjetivo, antes que objetivo, pero siempre en relación de los hechos investigados y la incidencia que ha causado en su entorno, entendemos que la

intención del legislador fue que en la valoración que debe realizar el Fiscal, se imponga el criterio de la sana crítica, en orden a preservar el bien común y la convivencia pacífica de los conciudadanos integrantes del Estado Social de Derecho; y, no de perjuicios legalistas o lo que sería peor, discriminaciones de cualquier índole, razón por la cual la calificación de la gravedad en la afectación del interés público es facultad solamente del Ministerio Público como defensor de los intereses de la sociedad y no de los Jueces, quienes conforme al mandato legal (Art. 27 CPP), solamente son garantistas del debido proceso, lo cual no supone ser defensores de uno de los sujetos procesales, actitud que por lo demás estaría en contra del principio de imparcialidad que deben observar los jueces en todas sus actuaciones. Hemos de considerar que todos los delitos, previstos en el Código Penal, afectan a bienes jurídicos, que por ser importantes, han sido protegidos por este cuerpo legal, entonces, siempre habrá la afectación del interés público, tanto más que se tratan de inconductas que merecen una pena, de tal manera que lo que busca la norma legal es que ésta afectación no sea de tal naturaleza, que vuelva insalvable su penalización, al punto que el Fiscal, deba perseguirlo hasta su sanción y condena al pago de los daños y perjuicios causados; sin embargo, si los daños, por ejemplo son sólo del orden económico, con la solución de los mismos, consideraremos que el interés público ya no es tan relevante como para insistir en una sanción, que afectaría solamente al interés privado de los involucrados en la relación procesal. También es importante establecer, que las atribuciones que tiene el Juez de la causa, que conoce la solicitud de conversión, no van más allá de las que se encuentran expresamente enumeradas en el Art. 27 del Código Procesal Penal, transcrita con anterioridad, de la cuales no se desprende alguna que le faculte, realizar este tipo de valoraciones; por lo que podríamos concluir que el Juez ecuatoriano que conoce de la solicitud de conversión debe limitarse a aceptar la solicitud del representante del Ministerio Público, que sí es lo que le autoriza la norma específica de la conversión de la acción.

Debemos además, valorar el hecho que el juez que convirtió la acción penal de pública a privada, le corresponderá conocer, la nueva acción penal privada, cuando sea convertida, en donde juzgará los mismos hechos, obviamente, previa presentación de la acusación particular respectiva; razón por la cual, en el fondo, los hechos cometidos van a ser juzgados, sino que en esta ocasión en forma privada, precisamente por no comprometer el interés público,

sino el interés privado o particular del ofendido, valga la redundancia, quien llevará a juicio al acusado y no el Agente Fiscal como en la situación anterior.

En conclusión, cuando un Juez, haya recibido una autorización Fiscal de conversión de la acción pública a privada, debidamente fundamentada de parte de un Agente Fiscal, que no afecte "gravemente" al interés público en los términos va especificados, respecto de uno de los delitos previstos en la norma, el Juez esta en la obligación de aceptar y proceder de inmediato a convertir la acción a privada, para proseguir con el trámite que corresponde a este tipo de acciones. El caso se complica cuando el Fiscal, extralimitando sus facultades, presenta una autorización de conversión de la acción de pública a privada, sin cumplir alguno de los presupuestos, en este caso, es mi criterio que el Juez de la causa, debería rechazar la autorización, precisamente por ser violatoria a la norma del Código Procesal Penal, del Art. 37 y es más, pienso que estaría en la obligación de comunicar a la Autoridad Competente del Ministerio Público, para que examine sus actuaciones y de ser necesario se inicien las acciones penales de ser el caso. Actuación que tendría su amparo legal, precisamente en la facultad de velar por el cumplimiento del debido proceso. Que duda cabe, que la conversión como salida alternativa es una novedad en todo el sistema procesal.

PARAGUAY

En Paraguay, la introducción de los criterios de oportunidad y de salidas alternas al proceso son consecuencia de la reforma al Código Penal y Procesal Penal, que los introduce en el marco de transición hacia la construcción de un sistema de corte acusatorio congruente con el modelo constitucional de Administración de Justicia. Específicamente sobre las salidas alternas al proceso en el sistema Paraguayo, se reconoce al Criterio de Oportunidad, en cuanto a la posibilidad de aplicar dicha institución y su vínculo con el principio de legalidad, la estructura normativa habilita al Ministerio Público a prescindir de la persecución penal en los siguientes casos: 1) Cuando el procedimiento tenga por objeto la existencia de un delito que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido al autor o partícipe no genere el interés público de su persecución; 2) Cuando el Código Penal y las leyes paraguayas permiten al tribunal prescindir de la pena; 3) Cuando la pena que se espera del

hecho punible carece de importancia, en consideración a: a) sanción ya impuesta; b) La que se espera por los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimiento pendientes; o c) La que se impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero; y 4) Cuando se haya decretado en resolución firme la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en el Ecuador. Procesalmente el criterio de oportunidad es propio del Fiscal, quien puede solicitarlo como primer requerimiento ante los órganos jurisdiccionales, previo a la imputación, o como mecanismos conclusivo de la etapa preparatoria que se formaliza con el pedido de notificación del acta de imputación. Si el requerimiento de aplicación del Criterio de Oportunidad es sostenido por el Fiscal y el Juez no acepta, ni varía su posición, la aplicación de aquel criterio y el expediente respectivo debe ser remitido al Fiscal General o al Superior Jerárquico para que ratifiquen la petición del fiscal en cuanto al criterio de oportunidad o formule nuevo requerimiento. El requerimiento del Fiscal General es vinculante para el juez de la causa, sin perjuicio de que la víctima pueda recurrir mediante apelación general la decisión del Fiscal, esto es un problema pues involucra al órgano máximo del Ministerio Público en la definición de la salida definitiva de la causa. En todos estos casos se ve comprometida la imparcialidad del juez, quien ante el requerimiento del Fiscal general se ve vinculado a la solicitud formulada por éste; es evidente que hay un sobredimensionamiento en la aplicación de éste Criterio de Oportunidad, pues hasta la víctima tendría que esperar a que termine el incidente de si es aplicable o no el Criterio de Oportunidad, con lo cual hay una revictimización de la víctima y del procesado, puesto que se les mantiene a la expectativa de la solución ya mencionada, lo que evidentemente perjudica al ejercicio de la Acción Penal⁽²⁰⁾.

Finalmente como medio alternativo en Paraguay se reconoce conforme al artículo 301 y 302 del Código procesal penal, que el Fiscal tan pronto reciba las diligencias de la intervención policial o realizada por sí mismo las primeras investigaciones y según el curso de las mismas, solicitar se lleve a cabo una Audiencia de CONCILIACIÓN, autorizado por el Código y leyes especiales que autoricen la extinción de la acción penal por la reparación del daño, en cuyo caso

⁽²⁰⁾ YNSFRAN, Umberto. Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina. Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires - Argentina, p. 396.

el Juez debe convocar a una audiencia a las partes dentro de los cinco días y, en su caso, homologará los ACUERDOS y declarará extinguida la acción penal.

VENEZUELA

En Venezuela el Ministerio Público se caracteriza por su autonomía e independencia de las demás ramas del Poder Público y por su unidad e indivisibilidad. En 1998 fue publicado el Código Orgánico Procesal Penal y el 1 de Julio de 1999 entró en vigencia.

Específicamente para el tema que venimos abordando, el Código Venezolano establece normas que regulan el Principio de Oportunidad que como sabemos, se trata de una institución del derecho adjetivo, fundamentada en razones de política criminal, e influenciada por las teorías relativas de la pena (prevención general y especial). Los supuestos que conforman este principio, y cuya explicación tiene como efecto el sobreseimiento de la causa por la extinción de la acción penal, están formulados, entre otros criterios, atendiendo al desinterés público en aplicar las consecuencias penales a un hecho insignificante, a una irrelevante participación del agente en la ejecución del acto, a una retribución natural que torna desproporcionada la reacción penal, así como a estrategias que imponen la necesidad de prescindir de una persecución penal para optar por otra. Nos encontramos entonces ante un principio concebido en el ámbito procesal que permite disponer de la persecución de un crimen ya cometido, y no dentro del marco del derecho penal material, como excluyente del injusto o de la punibilidad de un hecho. En suma, se pretende con el establecimiento del principio de oportunidad, entre otras cosas, agilizar y simplificar la administración de justicia, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, y fijar criterios y límites a la selección propia de todo sistema penal. De tal manera que el legislador, conforme a los supuestos establecidos por él, le está concediendo al órgano titular del ejercicio de la acción penal pública (Ministerio Público) la iniciativa discrecional de pedir al juez de control autorización de prescindir, total o parcialmente, de su promoción o limitarla a alguna de las personas que participen en un hecho punible.

El Principio de Oportunidad se encuentra regulado en el artículo 31 del Código en comento, y se trata por hechos que por su insignificancia, por su poca frecuencia no se afecta gravemente el interés público; también por la participación del agente en un hecho de menor relevancia, cuando se trata de delitos culposos y el imputado haya sufrido las consecuencias de su acto; cuando se dan los presupuestos al juez para que suspenda condicionalmente la ejecución de la pena; o cuando la pena o medida de seguridad se tenga que prescindir por la escasa importancia; el efecto es que el Principio de Oportunidad es promovido por el Fiscal y es requerido el control jurisdiccional, quien debe verificar el cumplimiento de todos los extremos y condiciones legales, de cumplirse con las exigencias se produce la extinción de la acción penal con respecto al autor o partícipe. Estos criterios se aplican siempre tanto en la fase preparatoria del proceso penal, como en la intermedia, no así en el juicio oral.

El Código Venezolano, también ha introducido a los ACUERDOS REPARATORIOS, constituyen a no dudar una forma alternativa de resolución de conflictos que propugnan la mínima intervención del Estado en los casos que pueden ser resueltos por CONCILIACIÓN entre las partes⁽²¹⁾ y tiene su origen, en la protección de los intereses de la víctima y conlleva a la vez a un efecto resocializador del delincuente, asimismo, desde un punto de vista pragmático puede ayudar a descongestionar los despachos judiciales, con el consiguiente alivio de la carga de trabajo que soportan; inclusive, puede contribuir a la economía procesal y a la agilización en la prestación de éste servicio, además de disminuir la población carcelaria, con el consecuente beneficio patrimonial para el Estado. Su regulación se encuentra en el artículo 34 del Código en comento, refiere que solo procede exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos que no hayan ocasionado la muerte o afectado en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el Juez, podrá aprobar los acuerdos desde la fase preparatoria, entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. El cumplimiento del acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal respecto del imputado que

⁽²¹⁾ RODRÍGUEZ DÍAZ, Julián. Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina. Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires - Argentina, p. 439.

hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo. Cuando la reparación ofrecida se haya de cumplir en plazos o dependa de hecho o conductas futuras, se suspenderá el proceso hasta la reparación efectiva o el cumplimiento total de la obligación. El artículo 36 del Código venezolano establece una especie de cláusula penal en el sentido que de comprobarse el incumplimiento que dé lugar a la reanudación del proceso, los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos. Julián Rodríguez considera que en cuanto a la redacción de la norma que contiene a los acuerdos Reparatorios se ha disertado muchísimo, en virtud de su gran imprecisión, que ofrece al intérprete no pocas dificultades. La vaguedad y amplitud de los supuestos de procedencia la hace permeable a problemas de interpretación y de aplicación práctica; con la agravante de que ella comprende una causa extintiva de la acción penal. Se ha discutido por ejemplo que se entiende por bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; por ello el texto originario ya sufrió una primera modificación que fue producido por la ley del 25 de Agosto del año 2000, por el cual el término "exclusivamente" se refiere a la procedencia del acuerdo reparatorio, en aquellos hechos punibles que recaigan exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial. Ello, con el fin de aclarar que no todos los delitos que protegen bienes jurídicos patrimoniales pueden ser incluidos dentro de los acuerdos reparatorios, debiendo excluirse de su aplicación aquellos delitos que afecten el interés público y que protejan bienes jurídicos distintos a la propiedad, como por ejemplo, robo, extorsión, secuestro, la mayoría de los que afectan al patrimonio público. El acuerdo reparatorio es promovido por el Fiscal y solicitando al Juez su aprobación. En Venezuela algo que es importante, es que el CUMPLIMIENTO del acuerdo reparatorio es causal de extinción de la acción penal respecto del imputado, por tanto la sola suscripción no es la que extingue la acción penal sino que tiene que darse su efectivo cumplimiento, para lo cual su texto adjetivo fija un plazo de seis meses. Vencido el plazo sin que el imputado haya cumplido el acuerdo, se reanudará el proceso.

La crítica más reiterada que se ha hecho a esta institución, es que parece destinada, por un lado, a favorecer a una determinada clase social - la de mayores recursos económicos - y por otra parte que es generadora de un incremento de la

delincuencia de aquella mayoría de la población menos afortunada desde el punto de vista patrimonial. También se señala que hay un riesgo que se institucionalice el terrorismo judicial, dado a que se está utilizando los órganos de control penal y a los operadores de la justicia penal para el cobro efectivo y expeditivo de las deudas. No está prevista la intervención del Ministerio Público, pero los Jueces están citando a los Fiscales a cargo de la investigación, no obstante no tienen obligación legal de hacerlo. Por otro lado, es posible la procedencia de varios acuerdos reparatorios respecto de un mismo imputado, lo cual ocasiona en algunas oportunidades estafas. La Ley de Reforma del Código Orgánico Procesal prohíbe aplicar los Acuerdos Reparatorios a los delitos culposos, como el peculado culposo y algunos delitos contra el medio ambiente. Se exige además que cuando el Juez va a aprobar un Acuerdo, debe recabar la OPINIÓN favorable del fiscal, dado a que este es el titular del ejercicio de la acción penal y está obligado a ejercerla en tanto haya una investigación criminal, máxime que ella va a ser extinguida de prosperar el Acuerdo Reparatorio; intervención que es correcta pues es el fiscal quien decide si hay delito de los hechos que se le ponen en conocimiento, es el quien determina quien es autor o partícipe y quien es la víctima. Se exige de otro lado un Registro de todas las personas que hayan celebrado un Acuerdo con la finalidad de saber que han cumplido con sus extremos y que en todo caso saber a que personas ya se les ha favorecido con tal institución. Es como se viene desarrollando los Acuerdos Reparatorios en Venezuela que es el que más tiempo lo ha venido aplicando.

Luego de éste recuento histórico de los principales países del mundo, se puede observar en forma contundente, como el Principio de Legalidad se ha relajado enormemente, y es que el Estado que se había comprometido “*en hacer Justicia*” aplicando la ley penal, sanción y reparación del caso contra el imputado, ya no puede cumplir a cabalidad, lo que ha empujado a casi todos los países de la tierra a optar por mecanismos no tan legalistas, ni que se pretenda un proceso escrupulosamente llevado y culminado bajo la esfera de dominio de un sistema penal con todas las garantías del caso; pues se tienen varios problemas como falta de recursos humanos para encontrar al culpable, faltan aparatos logísticos para encarar al delito, tampoco es posible perseguir a todos los delitos, existiendo las famosas “*cifra negra*” y “*cifra dorada*” de la delincuencia que debilitan al Derecho Penal Formal y su consabido Proceso Penal; por lo que la Sociedad trata de buscar

una salida más práctica, eficiente y eficaz; aunque el costo va a ser alto, pues el debilitamiento alcanza no solo al Principio de Legalidad, sino que compromete a la vigencia de todo el Sistema Penal y Procesal Penal.

Por eso, es que los países ya relatados, han visto por conveniente implementar una serie de procedimientos, que ya no tienen que ver demasiado con la averiguación de la verdad, sino que tiene que ver más con la eficiencia y eficacia; no están fascinados por encontrar la *“verdad material”* o la *“verdad parcial”* del que nos habla Luigi Ferrojoli y con mayor acento lo dice también Michelle Taruffo, cuando sostiene: *“El problema epistemológico está lejos de quedar resuelto satisfactoriamente . El problema epistemológico de “que tipo de verdad” se puede alcanzar en los contextos judiciales es muy complejo”* (De Michele Taruffo. En *“La Prueba”*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2008, p. 30); por consiguiente parece que los países que han adoptado los famosos Criterios de Oportunidad, ya no tiene como finalidad la averiguación de la verdad en el proceso, al menos en sus inicios, en las etapas de la investigación preliminar o la investigación preparatoria; es más no les interesa la averiguación de esa verdad tan buscada en el proceso.

Entonces, fácil es deducir que en los criterios de oportunidad, no nos es fundamental la averiguación de la verdad, me basta con que existan suficientes elementos de convicción y mínimamente una *“causa probable”* para intentar seducir a los sujetos procesales, imputado y víctima, que arriben a una conciliación de su conflicto penal; eso es bastante lograrlo a través de éstos medios; y cada país ha adoptado el que cree por conveniente conforme a su idiosincrasia, a sus necesidades y su forma de entender la tutela judicial efectiva, no solo para el imputado que se verá sometido a un proceso violento como el proceso penal, sino también conceder adecuada tutela judicial a la víctima que está esperando esa respuesta adecuada por parte del Estado, dentro de un marco nuevo como lo es la JUSTICIA RESTAURATIVA, que sea la respuesta favorable para la pareja penal; bajo ese contexto, las respuestas son variadas, la mayoría de los criterios de oportunidad y los acuerdos reparatorios, casi en su totalidad, son bajo control jurisdiccional; solo en el caso peruano, el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, son de dominio Fiscal, salvo cuando hayan sido judicializados, recién entra el control jurisdiccional; ésta es la nota peculiar respecto del resto de países.

MARCO TEÓRICO GENERAL PREVIO A UTILIZAR SOBRE LOS ACUERDOS REPARATORIOS:

3.1 LEGISLACIÓN

1) El Artículo 1302 y el Artículo 1303 del Código Civil de 1984, dispone que las partes, bajo concesiones recíprocas - léase acuerdos - deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, al extremo que podían transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito. Obviamente el acuerdo de los sometidos al conflicto penal, no hacía de modo alguno enervar el "*ius persigendi*" que ejerce el Ministerio Público, como titular del ejercicio de la acción penal. El acuerdo que es el sustento de la Transacción tenía un solo ámbito, el Civil.

2) El Decreto Legislativo N° 638⁽²²⁾ instituyó por primera vez la institución del Principio de Oportunidad, muy similar a los ACUERDOS REPARATORIOS, aquel está vigente en nuestro país desde hace 19 años sus éxitos son relativos.

3) La Circular N° 006 - 95 - MP - FN⁽²³⁾; reguló por primera vez al Principio de Oportunidad, para mejorar su aplicación; tanto en el Decreto Legislativo como en la Circular, se reconocen a los ACUERDOS como fundamental para que el conflicto penal se resuelva en mérito a los acuerdos del victimario y la víctima a propósito de la reparación civil; pero el acuerdo reparatorio no tiene solo por finalidad reparar el daño sino ser una causal que permita la ABSTENCIÓN en el ejercicio de la Acción Penal que puede decretar el Fiscal.

4) La Resolución N° 1470 - 2005 - MP - FN⁽²⁴⁾, Aprobó el nuevo Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad; lo importante de este instrumento, es haber legislado sobre los medios impugnatorios (recurso de apelación y consulta); también reconocer al Principio de Oportunidad, como una modalidad de la Conciliación (señala que el Principio de Oportunidad queda

⁽²²⁾ Publicado en el Diario Oficial "*El Peruano*" del 27 de Abril del año 1991.

⁽²³⁾ Aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación No 1072-95-MP-FN del 15/11/1995.

⁽²⁴⁾ Publicado en el Diario Oficial "*El Peruano*" del 12 de Julio del año 2005.

plasmado en un Acta de Audiencia de *Conciliación*), y finalmente reconoció que cuando el agraviado es la Sociedad, su representante es el Ministerio Público y con éste había que negociar; pero ninguna de las normas reconocía expresamente a los Acuerdos como algo diferente a lo que es un Principio de Oportunidad.

5) La Ley N° 28117⁽²⁵⁾ para reforzar la institución del Principio de Oportunidad, incrementa las posibilidades de una salida alterna al proceso penal, creando a los ACUERDOS REPARATORIOS ya con nombre propio y apartándose del Principio de Oportunidad, aunque ambas instituciones siguen siendo regulados en el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 638; los Acuerdos Reparatorios quedaban circunscritos a los delitos de Lesiones Leves, Hurto tipo simple y Apropiación Ilícita; y en todos los Delitos Culposos; ésta norma fue la partida de nacimiento de los Acuerdos Reparatorios como institución independiente, con causas y efectos muy propios.

6) El Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N° 957⁽²⁶⁾, tuvo una "*vacatio legis*" hasta el 1° de Julio del año 2006, fecha en que entró en vigor en el distrito judicial de HUAURA, pionero en la aplicación del Código, en el artículo 2 se reconoce expresamente al Principio de Oportunidad y a los ACUERDOS REPARATORIOS, éste ya no solo circunscrito a los delitos de hurto, lesiones leves, apropiación ilícita y delitos culposos; sino también aplicable a los delitos de hurto de uso, hurto de ganado, apropiación irregular, fraude en la administración de personas jurídicas, daños tipo simple y libramiento indebido, es decir, su tabla se incrementó a otros delitos; y pese a la enumeración taxativa, deja la posibilidad de incrementar otros delitos, cuando se afecte "*bienes jurídicos disponibles*". Esta es la última norma vigente y que se viene aplicando a todos los distritos judiciales en las que está vigente el Nuevo Código Procesal Penal.

3.2 JURISPRUDENCIA

Normalmente se reconoce a la JURISPRUDENCIA, como la correcta

⁽²⁵⁾ Publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de diciembre del año 2003.

⁽²⁶⁾ Publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de julio del año 2004.

interpretación y alcance de los preceptos jurídicos que emite un órgano jurisdiccional Superior al resolver los asuntos puestos a su consideración, resultando obligatoria a otros órganos jurisdiccionales de menor jerarquía; por consiguiente la Jurisprudencia normalmente está consignada en Resoluciones Judiciales; pero las salidas alternas al proceso como son el Principio de Oportunidad y en especial los ACUERDOS REPARATORIOS conforme al Nuevo Código Procesal Penal introduce varios criterios de la Justicia Penal Negociada; salida alterna que puede utilizarse cuando se cuenta con la aprobación del Fiscal y del Consentimiento de las partes; pero en ambos casos, casi en su gran mayoría son aprobados en SEDE DEL MINISTERIO PÚBLICO, de modo tal que la JURISPRUDENCIA en su acepción estricta, no es posible encontrar, sino que se hace JURISPRUDENCIA desde el MINISTERIO PÚBLICO, y son las decisiones que adopta un Fiscal para aplicar adecuadamente los Acuerdos Reparatorios, esto viene a ser en todo caso que el FISCAL queda sometido a su "*star decisis*" en el futuro; pero cuando muchos de éstas salidas alternas son impugnadas por ante el Fiscal Superior, será éste el que emita JURISPRUDENCIA VINCULANTE para el inferior, pero eso no significa que tal decisión sea vinculante para otros distritos judiciales; de modo tal que sí acogiéramos éstos criterios *JURISPRUDENCIALES* para aplicar y entender mejor a los ACUERDOS REPARATORIOS, tenemos necesariamente, que recurrir a las disposiciones fiscales, en forma especial.

3.3 SALIDAS ALTERNAS AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Esta investigación pretende en forma resumida tratar aspectos de la reforma efectuada en la justicia procesal penal de nuestro país, centrándose en las formas de desjudicialización y en las sanciones o medidas no privativas de libertad introducida por las nuevas legislaciones, conocida como SALIDAS ALTERNAS AL SISTEMA DE JUSTIFICIA FORMAL. En cumplimiento de su función constitucional el legislador dispone de un amplio margen de actuación en la configuración de la política criminal del Estado, en ejercicio de esta potestad, podemos ubicar *prima facie*, la implementación de un mecanismo alternativo en la solución de conflictos a partir de la introducción del Principio de Oportunidad y luego de los Acuerdos Reparatorios (es verdad que con ellos también se implemento la terminación anticipada, la sentencia de

conformidad entre otros), éstos sin lugar a dudas marcaron la génesis del actual sistema acusatorio al importar de otras latitudes institutos jurídicos que permitieron la terminación anticipada del conflicto antes de llegar al proceso. Insertar el nuevo modelo procesal en el país, correspondiente a todo un SISTEMA ACUSATORIO que solo comenzó en el Distrito Judicial de Huaura (1° de Julio del año 2006) marcó el inicio de una nueva forma de encarar el conflicto penal; por tanto en nuestro país se convive con un sistema arcaico con instituciones inquisitoriales como es el caso del Distrito Judicial de Lima - el más grande - y otros que recién ingresarán, como es el caso de los Distritos Judiciales del Callao, Lima Norte, Junín, Loreto entre otros; éstos distritos todavía no se pueden sacudir de su carga procesal inhumana⁽²⁷⁾ que incita a la corrupción y a la negación de la Justicia; y el otro sistema acusatorio como el iniciado en Huaura, y seguidos luego por Trujillo, Arequipa y otros, esperando su uso racional, transparente y garantista, que ven en la negociación libre, como un modo de salir del conflicto penal.

La importación de las nuevas instituciones, como son los Criterios de Oportunidad, con los defectos que tienen propios de la implementación, en su corto recorrido han conseguido de manera incontrastable humanizar y agilizar nuestro procedimiento penal. Responde la implementación de los mecanismos de JUSTICIA RÁPIDA, se entiende que es un DERECHO FUNDAMENTAL ser juzgado dentro de un plazo razonable, pero ha nacido un nuevo DERECHO FUNDAMENTAL que es: **"el ser juzgado rápido"**, pues a nadie le hace feliz estar inmiscuido en un proceso penal que resulta traumático; éstos medios de justicia rápida, vamos a apreciar que constituye el clamor de la criminología crítica ya que es notorio tanto en el mundo desarrollado como en el nuestro, el incremento vertiginoso el número de casos que ingresan al sistema. Pero debido a que los procesos tradicionales no fueron diseñados para funcionar en esta escala grandemente ampliada, ha surgido la necesidad de racionalizar el esquema

⁽²⁷⁾ En el discurso para la apertura del año Judicial del 2009, el actual Presidente del Poder Judicial doctor Javier Villa Stein, ha sostenido que se debe acabar con la carga procesal al cual ha calificado como *"carga chatarra"* y está avocado en implementar su Plan Nacional de Descarga, pero es conciente que con el sistema inquisitivo los éxitos serán mínimos, reclamando por tanto la implementación de nuevas prácticas procesales, como la implementación del nuevo Código Procesal Penal, que inclusive debe llegar a la justicia civil.

<http://projusticia.org.pe/site.php?plantilla=contenido&ncategorial=109&ncategoria2=III&ncontenido=3607>

procesal. Una Justicia, como la nuestra que cuenta con recursos limitados, debe ser "racionada"⁽²⁸⁾

Esta justicia que abre la posibilidad de solucionar conflictos desde un punto de vista diferente, como es la negociación es propia de un sistema adversarial, evitando de entrada los traumatismos propios que devienen del resultado de un arduo y oneroso proceso penal, trasunto inequívoco de las actuales tendencias criminológicas y resultado de la actual política criminal que ha permitido ingresar más allá del viejo sistema inquisitorial que esencialmente perseguía fines retributivos. La adopción de esta modalidad de justicia, responde a la realidad social presente donde infractores ocasionales comprometidos con conductas de mínimo reproche o bagatelas pasan a conformar el numero amplio del ejército de menesterosos que atiborran los centros carcelarios y en gran número de casos cumpliendo con desproporcionadas condenas, pretende el legislador, sin duda, paliar las contradicciones que esta realidad social presenta, atiende las necesidades de las partes envueltas en el conflicto y desde luego de la comunidad de la que forman parte. Se arriba a esta modalidad de la resolución de conflictos a partir del desarrollo mismo del contexto jurídico social de la evolución política criminal que permite buscar soluciones a través de la intervención activa y propuestas de las mismas partes en conflicto, dentro de un sistema adecuado de negociación. Quizá el logro más importante de la implementación de las medidas alternativas en la búsqueda de la solución de conflictos se deba ubicar no necesariamente en la descongestión de los despachos judiciales, óptica restringida bajo la cual fue adoptado inicialmente por nuestro legislador de turno, sino que debe abordarse desde una perspectiva más amplia y conforme al aporte de la aludida criminología crítica se trata, sobre todo, de la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal no estigmatizantes (sanciones administrativas o civiles) y, todavía más, el comienzo de otros procesos de socialización del control de la desviación y de privatización de los conflictos, en la hipótesis de que aquello sea posible y oportuno. Más, la estrategia de la despenalización significa, sobre todo, la apertura de mayores espacios de aceptación social de la desviación⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ DAMASKA MIRJAN, escrito "Aspectos globales de la reforma del proceso penal" Universidad de Vale - USA.

⁽²⁹⁾ DAMASKA MIRJAN, escrito "Aspectos globales de la reforma del proceso penal" Universidad de Vale - USA. RATÍA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Madrid - España. Siglo Veintiuno. Editores, 1998.

Sin duda alguna esa fue la intención del Gobierno cuando por delegación de funciones legislativas promulgó el Decreto Legislativo No 638 cuando el 27 de abril de 1991, dispuso entre otras instituciones que se aplique ya el Principio de Oportunidad, tratando de plasmar una ley que busque justicia y paz, en especial se de una atención RÁPIDA a los conflictos y la atención oportuna del derecho de las víctima; aquella disposición fue el inicio de una justicia restaurativa que es el nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología, desde el conocimiento axiomático del daño que causa la conducta a las personas y comunidades, se insiste que la implementación de los mecanismos de justicia restaurativa presentan como ventaja esencial que a las partes les permite participar en este proceso que hace que ellas mismas autocompongan sus divergencias; por tanto ellos tienen una excelente oportunidad en el cual se les devuelve a los protagonistas del hecho, y en concreto a la víctima, el poder que les ha sido sustraído como consecuencia del proceso histórico de centralización del poder y de asunción por parte del Estado del monopolio en la respuesta al delito. Algunas orientaciones teóricas han incidido en argumentos cercanos a Foucault quien ha explicado que la transición del sistema de justicia propio del Derecho germánico imperante en la Alta Edad media hacia las formas estatizadas de justicia no sólo debe ser interpretada como un progreso de la racionalidad, sino como un proceso de fortalecimiento del Estado que, al definir los delitos como atentados al soberano y no como atentados contra quien los sufre, expropia a éste del poder de intervenir en la resolución de un conflicto en el que el es el principal protagonista.

Las SALIDAS ALTERNAS están llevando al sistema a una concepción restaurativa de la justicia, propone "*restaurar*" la armonía social, recomponer los lazos humanos y sociales rotos, en vez de castigar y provocar nuevas rupturas, y aspira a superar el paradigma retributivo con un afán por mirar más hacia el futuro que hacia el pasado. También la Justicia reparadora se aleja de contenido disuasorios, en la medida que se aspira a superar la dinámica punitivista e incapacitadora, e incluso rehabilitadora, propia de las sanciones penales convencionales, a favor de una dinámica generadora de buenas relaciones, mutualismo, paz y bienestar, que sublima los instintos de

venganza en sentimientos positivos hacia los otros y un reforzamiento de la autoestima y que permita ver en la responsabilidad del infractor una oportunidad para ponerlo en una posición de confianza y participación en la comunidad.

3.4 JUSTICIA RESTAURATIVA NUEVO PARADIGMA

En nuestro medio luego de haber vivido y vivir todavía experiencias funestas de agresiones a la sociedad civil, apreciamos los informes de la Comisión de la Verdad, la cantidad de VÍCTIMAS de todos los sectores, hay pues en el Perú una extrema experiencia de victimación colectiva luego del terrorismo de abajo y de arriba que hemos sufrido (el mundo también lo tiene Auschwitz, los atentados del 11 de septiembre del 2001, los de Madrid, Londres por mencionar algunos), por respeto a las víctimas de verdad, por sentido de la justicia y de la profesionalidad, por consciencia del abismo moral que se abre ante una comunidad de personas infantilizadas que acaricien la idea de autodefinirse como comunidad de víctimas⁽³⁰⁾. Ciertos discursos pro víctimas pueden resultar contraproducentes para las mismas en la medida que puede favorecer el "etiquetamiento inverso" y por lo tanto la instalación en la victimización o, por otra parte, tener efectos socialmente nocivos si se trasmite la sensación, fundada o no, de que sale a cuenta ser víctima. Por ello, en un momento en que algunas campanas que anuncian la hora de las víctimas pueden tener un eco de oportunismo o de insensatez política, cuando no de proclama hostil, se hace preciso y urgente anunciar la hora de la victimología. Una de las primeras tareas de la victimología es la puesta en marcha de una política valiente y generosa a favor de las víctimas, corolario indispensable de toda promoción de la seguridad, por tanto se da en un primer orden el binomio seguridad - víctima. Esto, no nos debe llevar a despreciar la SEGURIDAD, patrimonio de políticas criminales reaccionarias, de modo que estemos en condiciones de superar la etapa en que la criminología (ahí donde se ha autodefinido como crítica) ha dejado huérfana de programa político a una izquierda asediada por los embates del clásico discurso de

⁽³⁰⁾ Desde una perspectiva psicológica se ha puesto de manifiesto los riesgos de la adquisición y mantenimiento de un estatus de víctimas, que puede otorgar al sujeto una identificación pasiva, impidiendo cualquier movimiento que pueda conducir a la salida de la situación. Vid en tal sentido SÁNCHEZ GONZALES, A, "La evaluación psiquiátrica de las víctimas", en Baca/Cabanas, "Las víctimas de la violencia", Madrid, 2003, p. 124.

la ley y orden y por las demandas crecientes de una sociedad integrada por individuos dispuestos a anteponer sus miedos a los nobles ideales de libertad y justicia.

3.5 LA VICTIMOLOGÍA⁽³¹⁾ EN LA ACTUALIDAD

La Victimología, puede ser definido como la ciencia multidisciplinaria que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimación y desvictimación. Conciernen pues a la victimología el estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimación (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales, tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima. La Victimación, es el proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático; en ese sentido para entender ello, debemos distinguir dos dimensiones del mismo, por una parte, la consideración de los factores que intervienen en la precipitación del hecho delictivo o traumatizante; por otra parte, el impacto de tal hecho sobre la víctima, eso es, el modo de vivir la experiencia de la victimación y el conjunto de condiciones de las que el impacto del hecho depende. En sintonía con el reconocimiento de esta doble dimensión, vamos a referirnos también a la distinción entre víctimas de riesgo v víctimas vulnerables; las primeras aluden a la persona que tiene mayor probabilidad de ser víctimas; y por víctima vulnerable, aquella, que, cuando ha sufrido una agresión, queda más afectada psicológicamente por lo ocurrido en función de la precariedad emocional; la literatura victimológica se ha centrado en la primera dimensión, esto es el estudio de la experiencia individual, subjetiva y relativa culturalmente, el estudio de la víctima en tanto fenómeno complejo, obliga a considerar los factores de carácter individual, social y cultural que determinan el hecho de llegar a ser víctima que, por otra parte, condicional y modulan el modo de vivir la referida experiencia. En cambio, en su segunda dimensión se entiende que las víctimas vulnerables son las que sufren el impacto traumático, el estudio ha discurrido en parte en torno a la categoría psiquiátrica del trastorno por estrés postraumático; el desarrollo científico en el conocimiento del impacto psíquico permite la

⁽³¹⁾ JIMENES DE ASÚA (1961, P. 113) le negó título, a la vez que se pronunciaba de modo crítico sobre la naciente disciplina, que él denominaba "victimología".

evaluación del mismo, lo cual puede tener cuantificación de daños indemnizables o, en su caso, la determinación de la medida de la pena a imponer al responsable del hecho delictivo⁽³²⁾, con lo cual se rechazan categorías anacrónicas como el "*daño moral*" todavía usados en el ámbito jurídico, los cuales constituyen grandes los riesgos de irracionalidad en la cuantificación de indemnizaciones y de explotación de la condición de de víctima.

3.6 LA VICTIMACIÓN Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

En un sistema de JUSTICIA RESTAURATIVA se tiene que comprender la existencia de una victimación primaria la persona que sufre, de modo directo o indirecto, daños físicos o psíquicos derivados de un hecho delictivo o acontecimiento traumático, los daños no se limitan a la afectación al bien jurídico, sino que alcanza a los daños psíquicos derivados de los delitos por ejemplo sexuales, ajenos a la ofensa contra el bien jurídico libertad sexual, o de delitos patrimoniales como el robo en el domicilio; la victimación secundaria constituye el conjunto de costes personales que tienen para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento, por ejemplo los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración medico forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral y hasta el tratamiento informativo por los medios de comunicación masiva; la victimación terciaria es el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros, este concepto tiene que ver con la idea de que los costes del delito sobre las personas y sobre la sociedad deben ser ponderados con los costes de la penalización del infractor para él mismo, para terceros o para la misma sociedad, alcanza también a los estudios victimológicos los que versan sobre los niveles de ansiedad de los internos en centros penitenciario, sobre los hijos de mujeres encarceladas que conviven con sus madres en prisión o sobre el impacto del encarcelamiento sobre las personas que dependen económicamente o emocionalmente del penado. Todos éstos aspectos los tiene que asumir una JUSTICIA RESTAURATIVA si se pretende que la víctima no sea tratada solo

⁽³²⁾Vid. WALKLATE, P. 146 y ss. "*Con la referencia a los efectos del impacto sobre la pena no pretendemos legitimar aquellos sistemas penales caracterizados por la previsión de efectos punitivos automáticos, que pueden llegar incluso, como ejemplo más extremo en la experiencia de Estados Unidos, a que la imposición o no de la pena de muerte dependa de la valoración del impacto del hecho en la víctima*".

simbólica, sino con verdadera intención de lograr su reintegración de la víctima en la SOCIEDAD.

3.7 LA DESVICTIMACIÓN Y LA REPARACIÓN

El otro foco de interés de la victimología es la desvictimación proceso complejo en el que intervienen múltiples factores y múltiples actores. Ha sido definida como un proceso de reparación o de reconstrucción. La reparación, así entendida, no en el sentido de indemnización de perjuicios, pasa por el reconocimiento social y la asistencia de perjuicios, pasa por el reconocimiento social y la asistencia, amén de la prevención de la revictimación. Con la formulación de la desvictimación como aspecto nuclear de la victimología se sitúa en un lugar preferente la reintegración social de la víctima y se trata de conjurar riesgos tales como la estigmatización de la víctima real o supuesta, la transmisión de la imagen de una posible rentabilidad de la atribución de la etiqueta de víctima o incluso, como en algún momento se ha advertido, el riesgo de la construcción de una "*sociedad de víctimas*". Así como la acción preventiva debe tener como objetivo las víctimas potenciales, la intervención con las víctimas reales, una vez se ha producido ya el hecho traumático, debe orientarse fundamentalmente a la desvictimación. Los actores implicados en esta tarea son, principalmente, el sistema de justicia penal, los policías, los servicios sociales y los profesionales médicos o psicólogos que realizan labores de asistencia. Con todo, la proyección social adquirida por las víctimas produce una ampliación de los actores, de modo que entre éstos se encuentran los responsables políticos y los colectivos profesionales con responsabilidad social, como los medios de comunicación, o los agentes morales (por ejemplo las instituciones religiosas). Los comportamientos y actitudes de los diversos actores pueden coadyuvar de modo eficaz a la superación de la situación de la victimación, que es, junto al reconocimiento, la principal necesidad objetiva de las víctimas. Por ello resulta del máximo interés estudiar mecanismos que permitan hacer efectivo el reconocimiento de la condición de víctimas, la manifestación simbólica de su sufrimiento, como algo independiente de los efectos que puedan derivarse de la misma. También las entidades de apoyo a las víctimas y las asociaciones de víctimas deben tender hacia el objetivo de la desvictimación. Como se desarrollará más adelante, el Asociacionismo victimal puede ser un importante

instrumento de apoyo a las víctimas, que les permiten afrontar su situación desde la comunicación, el trabajo solidario, la elaboración del duelo, la sublimación de instintos de venganza mediante el acometimiento de objetivos social y personalmente provechosos o la presión política para hacer llegar sus inquietudes y necesidades o lograr que se hagan efectivas acciones sociales de apoyo, indemnización o reconocimiento. Pero no pueden olvidarse los riesgos inherentes a estas asociaciones, en la medida que, en el orden psicológico, puedan alimentar más la instalación en la victimación que la superación de la misma, o, en una dimensión social, puedan actuar al servicio de una política criminal demagógica.

3.8 PREVENCIÓN EN EL SISTEMA PENAL

La prevención es, de entrada, la finalidad principal del sistema penal. Entendido el Derecho penal como instrumento de resolución de conflictos, la pena estatal tiene una doble dimensión preventiva - general y especial - en cuanto a la dimensión especial de la criminalidad, de acuerdo con la misión general de tal rama del Derecho de Protección de los bienes jurídicos más relevantes para la convivencia. El sistema penal previene delitos y previene a la vez la satisfacción de los instintos a la escalada de la victimación que derivaría de la legitimación de la autotutela o de la anarquía punitiva. Por tanto, debe haber programas basados en la reducción de riesgos, o a cuestiones relativas a la salud pública o modelos de intervención policial. Es este un terreno, en el que la victimología se cruza con la seguridad incluso con la arquitectura, el urbanismo o la organización escolar o empresarial. Se suele distinguir entre prevención primaria, secundaria o terciaria. La Prevención primaria, actúa sobre la comunidad, a base de mejorar las condiciones de seguridad colectiva y de bienestar del entorno. La prevención secundaria se produce en las víctimas potenciales, especialmente entre los colectivos más vulnerables, a través de estrategias de autoprotección y de reducción de riesgos. La prevención terciaria supone la intervención sobre quienes ya han sido víctimas, al objeto de evitar el riesgo de revictimación. Desde una perspectiva victimológica debe denunciarse la falacia consistente en equiparar mayor protección de las víctimas con mayor protección penal. La política criminal debe estar atenta en general, como protección penal. La política criminal debe estar atenta en general, como ya se ha indicado, a la necesidad de

ponderar los costes de la penalización con los beneficios esperados en términos de prevención, y en especial a los efectos negativos inducidos por la intervención penal sobre las mismas víctimas.

3.9. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL

En el plano político- criminal, los derechos de las víctimas pueden estructurarse en torno a cinco conceptos extraídos de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, debemos desarrollar sucintamente cada uno de ellos: **a) Información**, el derecho a la información sobre la evolución de la causa penal derivada del hecho punible sufrido, sobre sus posibilidades de participación, constituyen derechos que deben gozar de una posición preferente desarrollado en el Artículo 4 de la Decisión Marco aludida, los amplios contenidos de esta norma permiten adoptar acuerdos entre la Fiscalía y las administraciones de las que dependen los Servicios de atención a las víctimas para que sean éstos los que informen a la víctima en el modo y momento más conveniente, por ejemplo las excarcelaciones o la salida temporal del centro penitenciario o el levantamiento de control sobre el infractor, así como la variación de la detención, la suspensión de la ejecución de penas de prisión, permisos penitenciarios, entre otras, el derecho de información para el caso peruano está previsto en el artículo 95°, ordinal 1°, inciso a) del NCPP; **b) Participación**, Los derechos de participación se manifiestan en diversas exigencias. En primer lugar, el artículo 3° - 1 DM establece el derecho de audiencia y el derecho a facilitar medios de prueba, derechos cuya realización efectiva puede articularse a través del derecho a mostrarse parte y a constituirse en acusación particular; se impide la confrontación visual entre el imputado y la presunta víctima o el careo en caso que ésta sea mayor de edad, no debe haber la posibilidad de acordar que la declaración de las víctimas especialmente vulnerables no se reproduzca en el juicio oral si ello, oídas las partes, no se estima necesario para los fines del proceso, exigen una reforma legal⁽³³⁾; un capítulo fundamental es el referido al cambio cultural tiene que ver con el desarrollo de la justicia reparadora, en su manifestación más divulgada, este nuevo paradigma es

⁽³³⁾TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma. “La protección del menor víctima de abuso sexual en el proceso Penal”. Pamplona, 2002, p. 138 y ss.

la mediación penal; también éste derecho se encuentra reconocido en el artículo 95° ordinal 1°, inciso b). **c) protección**, el artículo 8 DM establece el deber de los Estados de proteger a las víctimas en lo que respecta a su seguridad e intimidad, siempre que exista un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar la vida privada. Una de las medidas más usadas es la necesidad de protección de las víctimas frente a los testigos y peritos en causas criminales, en ese sentido se acuerda que no deben constar los datos personales en las diligencias, que en las comparecencias físicas se imposibilite la identificación visual, que se fije como domicilio para citaciones la sede del órgano judicial, o que se prohíba captar imágenes. También debe acordar protección policial, nueva identidad y medios económicos para cambiar de residencia o de puesto de trabajo. Estas medidas parecen concebidas para cierta clase de testigos, de modo que puedan quedar fuera de consideración de riesgos; también el artículo 8 DM extiende el derecho a la protección a los familiares de las víctimas o, si procede, personas en situación equivalente. Deben haber en este terreno protocolos de buenas prácticas e inversiones, al objeto de poder disponer de dependencias judiciales y policiales, e incluso sanitarias, de espacios de espera reservados a las víctimas, de modo que se reduzca la oportunidad de contactos con el imputado y personas en su entorno (artículo 8-3 DM), también el modo de tomar testimonio o de dirigirse a las diversas clases de víctimas, con especial consideración a las más vulnerables. La protección de la intimidad y de la imagen física de la víctima o sus familiares, a que alude también el artículo 8 DM, de igual manera respecto a la protección del honor, la intimidad y la propia imagen, en estos debe convocarse la ayuda de la Defensoría del Pueblo; el NCPP, también reconoce éste derecho en el Artículo 95° ordinal 1°, inciso c); **d) asistencia**, La asistencia se proyecta más allá de los estrictos causes del proceso penal. El Artículo 6 DM exige que no baste con el mero derecho a la asistencia letrada, pues incluye cualquier otro tipo de asesoramiento, referido a su papel en las actuaciones. La asistencia jurídica gratuita aparece en un segundo plano, pues se halla condicionado a que la víctima pueda ser parte en un proceso penal. Esta concepción integral del asesoramiento resulta muy adecuada, pues *abarca* la explicación sobre el proceso, sobre su sentido, de modo que la persona afectada pueda familiarizarse con los escenarios con que se va a encontrar. La asistencia puede ser psicológica, psiquiátrica y social que puedan verse afectadas. Esta proyección

multidimensional es uno de los sellos de identidad de la victimología y plantea la necesidad de profesionales con una formación en las diversas disciplinas, básicamente psicológicas y jurídicas, y dotados con habilidades que tienen que ver con la inteligencia emocional, entre ellas tienen que ver los acompañamientos a las víctimas y la posterior asistencia tal como lo consigna el artículo 13 DM; esto con la finalidad de ofrecer confianza a la víctima que se muestra receloso, frente a la administración pública (como el Poder Judicial, la policía y otros); éste tiene un reconocimiento limitado en el NCPP, al extremo que si bien el imputado debe tener derecho a un defensor de oficio, tal prerrogativa no lo tiene la víctima, el Abogado de Víctimas y testigos del Ministerio Público no defiende, ni patrocina, solo asiste en aspectos muy puntuales, el Ministerio de Justicia, tampoco tiene abogados para las víctimas, recién está implementando defensores de oficio para víctimas de violencia sexual contra menores de edad; y **d) reparación** la victimología reclama un concepto amplio de reparación. La reparación penal no puede identificarse con el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, por las siguientes razones: abarca también la compensación del daño social producido por el delito, además del ocasionado en las personas singulares perjudicadas, de ahí la apertura a la reparación social o simbólica; exige un esfuerzo personal relevante al responsable penal de la infracción; atiende a la pluralidad de dimensiones del daño provocado por el delito, lo que tiene un contenido fundamentalmente no económico; incluye un canon de exigibilidad, en virtud del cual se excluyen prestaciones no asumibles por el infractor (principio de la reparación en la medida de la propia capacidad); si bien éste derecho no tiene un reconocimiento expreso en el NCPP, sí lo tiene en el C.P..

3.10 LA VÍCTIMA Y EL CONSENTIMIENTO EN EL CONFLICTO PENAL

Conforme a las eximentes de la responsabilidad penal, el artículo 20°, ordinal 10° del NCPP, precisa que el consentimiento en ocasiones puede conducir a la exclusión de la responsabilidad penal. La doctrina tradicional alemana distingue en la Teoría de la Diferenciación al Acuerdo del Consentimiento. Se incluyen en el ACUERDO, todos los delitos que se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio, en los que se considera que el consentimiento a la lesión del bien jurídico conduce a la desaparición de la lesividad del

comportamiento, e incluso en ocasiones a la propia acción delictiva tipificada, con lo que no se duda acerca de la capacidad de este expediente para excluir la propia tipicidad de la conducta. En cambio el CONSENTIMIENTO es excluyente de responsabilidad penal a la disposición del bien jurídico por parte de la víctima, aun cuando en tales casos se considere que la lesión de interés jurídico por parte de la víctima, se considere que la lesión de interés protegido no desaparece por causa de aquella anuencia, lo que conduce a que la resolución de tales supuestos se vincule a través de la justificación. El bien jurídico puede ser de dos categorías si es individual o colectivo: en cuanto al bien jurídico individual si es de carácter personalísimo es un bien disponible⁽³⁴⁾ que permite en ocasiones que la persona se realice como tal, pero eso no significa entender que hay bienes jurídicos de corte liberal, que se impone contra la voluntad del propio titular, imponiendo a la víctima un deber de conservación del sustrato material, y esto tiene efectos positivos. Pues se limita la capacidad de disposición, por tanto una Concepción de los bienes jurídicos personalísimos como esencialmente disponibles NO debe conducir a negar la realidad de que éstos no siempre representan valores in materialización, de forma que únicamente sea determinante para decidir acerca de la tipicidad de una conducta la concepción que sobre determinado sustrato material tenga el titular del interés; caso contrario nos conduciría a una subjetivización a ultranza de los bienes jurídicos individuales. Esto tiene que tenerse presente, para entender como en los Acuerdos Reparatorios se pueden negociar sobre bienes jurídicos disponibles. Al respecto, debe indicarse que existen bienes jurídicos cuyo menoscabo no se duda que requiere la ausencia de anuencia de la víctima de forma que el consentimiento prestado por éstas se acostumbra a admitir que excluye la propia tipicidad. Son los supuestos que tradicionalmente se han venido identificando con el acuerdo, así sucede en los tipos contra la intimidad, el honor, la libertad, la libertad sexual o el patrimonio, en que en ocasiones el propio delito incorpora como elemento negativo del tipo la necesaria ausencia de consentimiento del titular. La dificultades se centran, pues, en aquellos bienes jurídicos

⁽³⁴⁾ En tal sentido autores, como Roxin, sostienen que si el bien jurídico individual sirve al desarrollo del individuo, no puede existir lesión del bien jurídico cuando una acción se basa en la disposición del portador que no menoscaba su desarrollo, sino que constituye su expresión. Roxin considera que el consentimiento opera siempre excluyendo la imputación objetiva, ya a nivel del primer juicio de imputación, es decir, en consideración a la ausencia de desvaloración de la misma acción.

individuales acerca de la absoluta disponibilidad se duda, o cuando menos en relación con los cuales ha venido siendo afirmada como mucho la eficacia total o parcial justificante del consentimiento. Así sucede con la vida o con la salud (por ejemplo los delitos de homicidio culposo o lesiones graves culposas o dolosas leves).

Por cuanto se refiere a la posibilidad de disponer de la propia vida, el Derecho penal peruano la admite de manera restringida, en tanto no incrimina el suicidio; sin embargo, el efecto excluyente de la responsabilidad penal que muestra la voluntad de la víctima cuando se trata del propio comportamiento no alcanza a las intervenciones habidas de terceros en la muerte querida. En ese sentido, el artículo 113° C.P. incrimina tanto la inducción, como la cooperación necesaria y la cooperación ejecutiva al suicidio, aunque confiere un trato penal privilegiado a dichos supuestos en relación con el correspondiente a las respectivas conductas cuando supongan intervención en un homicidio; considera por tanto al instigador al suicidio como un delito privilegiado imponiendo penas privativas de libertad no menor de uno, ni mayor de cuatro, y si el móvil fue egoísta la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años; pero, para el caso de un homicidio la pena mínima es de 6 años y con una no mayor de veinte años. Así como el suicidio es atípico, se incrimina como supuestos privilegiados en relación con las homologas formas de participación en el homicidio tanto el delito de homicidio por piedad⁽³⁵⁾, es evidente que el legislador peruano privilegia mas al homicidio piadoso que a la instigación y ayuda al suicidio al imponer mayor pena a este que aquel. La misma racionalidad se produce en el aborto con consentimiento de la madre gestante, al caso de las lesiones ocasionadas con el consentimiento de la víctima; en todos éstos casos como se puede apreciar se da la vida en posibilidades de ser un bien jurídico disponible y por tanto puede ser sometido a un Acuerdo Reparatorio, dependiendo del caso en concreto; de modo tal que entender como funciona el CONSENTIMIENTO en las salidas alternas es importante para el operador jurídico.

⁽³⁵⁾ El artículo 112 del C.P. tipifica: "El que, por piedad, mata a un enferme incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

3.11 VÍCTIMAS VULNERABLES

No todas las víctimas son vulnerables, hay sí un sector debidamente identificado por el legislador peruano como casos especiales: el hecho de tratarse de seres desvalidos, puede hallarse una de las razones que conduce a la incriminación de determinados comportamientos delictivos relativos a la vulneración de deberes de familia; por ejemplo en los delitos de suposición de parto, adopciones ilegales; también en los delitos relacionados con el quebrantamiento de los deberes de custodia, la sustracción de menores por determinados familiares, los delitos de omisión a la asistencia familiar sea de mayores o menores, incapaces o desvalidos, el tráfico de menores, la supresión, alteración o suposición de estado civil, además de los delitos de violencia familiar. También es el caso de la tutela de la especial vulnerabilidad de la víctima, el ejemplo paradigmático de los cuales viene constituido por aquellos dirigidos fundamentalmente contra menores de edad, se admiten también la protección del deber de solidaridad en el delito de omisión del deber de socorro justamente porque se deniega asistencia a quien se halla en una situación paradigmática de vulnerabilidad situacional, generada por encontrarse la víctima desamparada y en peligro manifiesto y grave; también son los casos contra la libertad sexual, donde hay tipos cualificados, violación de menores, enfermos mentales o personas en imposibilidad de resistir, o los que están en hospitales, prisiones o dependencia, para el caso de los menores la protección es sobre su indemnidad sexual; igualmente los tipos penales de prostitución no forzada de menores o incapaces o los supuestos de exhibición y provocación sexual, del acoso sexual, de la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas, pornográficos o tráfico de menores. Otro ámbito en el que la vulnerabilidad relaciona! de la víctima puede explicar la relevancia penal de algunas formas específicas de atentar contra un bien jurídico es los delitos contra el patrimonio, donde se ve el abuso de confianza, como es el caso del delito de apropiación ilícita; administración fraudulenta. Finalmente en el ámbito de la denominada delincuencia de género, que son los casos de violencia de la mujer, de violencia intrafamiliar. En todos éstos casos de víctimas vulnerables, el legislador establece tipos privilegiados o cualificados o agravaciones que llegan a la cadena perpetua (por ejemplo el caso de violación de menores, robo agravado con afectación de personas que están incapacitadas física o mentalmente; así el autor o partícipe

tiene una pena agravada por su responsabilidad para los casos de víctimas vulnerables.

3.12 VÍCTIMAS Y SISTEMA DE SANCIONES PENALES EN EL DISEÑO DE LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

La Reparación Civil no puede ser considerado como una tercera vía, junto a las penas y las medidas de seguridad, tal como lo propone Roxin⁽³⁶⁾; al margen de las críticas de que pueda hacerse al modelo penal reparador, en el sentido de que la sustitución del paradigma punitivo por el reparatorio no solo no obedece a consideraciones de carácter humanitario, o que las bases ideológicas preventivo - generales de signo positivo sobre las que se asientan se hacen acreedoras de las mismas críticas que cualquier modelo sustentado sobre esa finalidad de la pena, o que puede conducir a la privatización del sistema de justicia penal, no puede decirse que nuestro ordenamiento jurídico - penal haya llegado todavía a asumirlo. En ese orden de consideraciones, en el ordenamiento penal peruano ni la reparación a la víctima se configura como una sanción, ni se da paso a expedientes que permitan imbricar la mediación reparador en el proceso penal de adultos, en el diseño de las alternativas a la prisión, el Código Penal de 1991 ha incluido tímidamente consideraciones de carácter reparatorio (Artículo 78° inciso 3° in fine del C.P.) entre los requisitos para su acuerdo. Sí se configura la reparación a la víctima o a la sociedad como sanción autónoma⁽³⁷⁾, podemos ya entender al Principio de Oportunidad y a los Acuerdos Reparatorios como una especie de pena, alternativa al de privativa de libertad, con naturaleza restrictiva de derechos, además de incluirla posteriormente entre los sustitutivos a la pena privativa de libertad, con tal criterio muchos reos en cárcel saldrían libres pero tienen que reparar en forma efectiva el daño que han causado y eso sería una pena. Resulta adecuado la consideración a aspectos de carácter reparatorio a efectos de permitir el acuerdo de una alternativa a la pena privativa de libertad cual suspensión de la pena; sin embargo, parece inadecuado que el acuerdo se

⁽³⁶⁾ Al respecto se puede ver Tamarit Sumilla. La reparación a la víctima en el Derecho Penal (estudio y crítica de las nuevas tendencias político criminales), Barcelona, Ed. Fundación Jaume Callís, 1994, p. 131 y ss Roig Torres, La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 506 y ss.

⁽³⁷⁾ Situación que así no ocurre, pues el Artículo 92 del C.P. precisa: *“La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”*. De modo tal que la pena no es la reparación civil, ni esta es pena.

haga pivotar exclusivamente sobre aspectos de carácter resarcitorio, sin hacer referencia a la reparación de la víctima en un sentido más amplio, lo que, porque no, bien podría incluir supuestos de reparación simbólica o indirecta. Limitar al previo cumplimiento de la responsabilidad civil el acuerdo de la suspensión, además de resultar demasiado limitado en punto a incluir otras manifestaciones reparatorias que igualmente deberían resultar merecedoras de semejante acuerdo, podría usarse el peligro que la suspensión sea utilizada por los perjudicados como arma de presión para la obtención de la correspondiente indemnización, además que el pago de la responsabilidad se acuerda de manera fraccionada. El hecho de que incluso en este supuesto resarcir a la víctima para beneficiarse de una posible suspensión muestra la clara vocación reparatoria del instituto al cual también hay que añadir finalidades de carácter rehabilitador que reparator; por tanto cuando se da una PENA SUSPENDIDA, debe existir la POSIBILIDAD CIERTA DE RESARCIR EL DAÑO A LA VÍCTIMA, dentro de un plazo efectivamente cumplido; esto para evitar una pena privativa de libertad; por éste lado el legislador no ha previsto REGLAS DE CONDUCTA mas agresivas, mas prudentes para reparar el daño a la víctima como el alejamiento del ofensor, en especial para los casos de acoso sexual; medidas de seguridad vigiladas a favor de la víctima;

3.13 LA JUSTICIA REPARADORA Y SU ARTICULACIÓN CON EL SISTEMA PENAL

La Justicia Reparadora ha sido formulada en sus orígenes (Zehr 1985) como un paradigma alternativo de justicia, entendido como contrapuesto al modelo retributivo propio del sistema de justicia penal. Es una teoría de la justicia que enfatiza la reparación del daño causado por el comportamiento delictivo a través de procesos cooperativos en los que toman parte las personas involucradas en el mismo. La concepción de delitos como ruptura de las relaciones humanas y sociales antes que como violación de la ley se encuentra en el fundamento del referido paradigma, que sirve a un ideal de humanización de la justicia. Con estos contenidos, la idea de la justicia restaurativa se plasmó en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y ha ganado impulso a través de los Simposios Internacionales de Victimología de Adelaida (Australia) en 1994, Ámsterdam en 1997 y Montreal en 2000. Los referidos contenidos pueden sintetizarse en la Justicia Restaurativa (Marshall, 1996, p.37) como "un

proceso de que todas las partes afectadas por una ofensa llegan conjuntamente a resolver de forma colectiva el modo de tratar la situación creada por la ofensa y sus implicaciones para el futuro". El proceso reparador se caracteriza por su carácter informal y por estar basado en el diálogo entre las partes. Con todo, no es la falta de formalidad lo que lo caracteriza sino que tal dato permite en su caso distinguirlo de procedimientos altamente formalizados como es el proceso penal convencional. Los procesos RESTAURATIVOS pueden de hecho regirse por ciertas reglas y existe en los mismos cierta lógica procedimental. Su caracterización en positivo debe efectuarse con base en tres notas: a) el protagonismo y la participación de las partes en la expresión de sus necesidades y la adopción de compromisos; b) la facilitación de un diálogo ordenado pero con contenido emocional; c) la aspiración de hallar una solución asumida por todas las partes en la que se establezcan las condiciones de la situación que debe suceder al conflicto.

El Proceso Restaurativo, puede materializarse en una diversidad de prácticas, entre las cuales la más conocida en nuestro entorno es la MEDIACIÓN; sin embargo en determinados ámbitos científicos y culturales se ha introducido lo que se denomina la *"conferencing o circles"*⁽³⁸⁾ que equivale a conferenciar en circular o conferenciando en círculos, esto implica que la solución al conflicto es que sea positivo para la víctima y el infractor, inclusive comprende la comunidad; si bien la MEDIACIÓN busca acercar a las partes en un caso de delito de libertad sexual por ejemplo, éste tiene una visión reduccionista, pues que duda cabe que esta clase de delitos alcanza también a la Comunidad que no es considerado por la mediación, que si trata de comprender los *"circles"*. Pese a estas limitaciones la Mediación es parte de una cultura antiformalista y de aspiraciones pacificadoras y ha penetrado en diversos sectores de la vida social sujetos al Derecho y ha propiciado soluciones basadas en la negociación, la transacción o el diálogo que evitan el recurso a una Administración de Justicia vista como aparato burocrático incapaz de dar satisfacción a los intereses de los justiciables. Así, en buena medida la práctica de la mediación penal es el resultado de una voluntad de transferir al ámbito penal el modus operandi propio de la mediación familiar, laboral o mercantil, o incluso de la resolución pacífica controversias en la escena internacional. En ese sentido, no

⁽³⁸⁾ Bazemore, G/Umbreit, M. "A Comparison of four Restorative Conferencign Models", en *Juvenile Justice Bulletin*, del departamento de Justicia Federal de EUA, febrero del 2001, p. 1.

puede pasar por alto la potencialidad de la justicia reparadora en la respuesta a nuevos fenómenos que incumben a la victimología y que se sitúan en gran medida fuera de los confines del Derecho penal, como las conductas al que nos hemos referido, que en especial son aplicados a los menores de edad.

En ese sentido los partidarios de la Justicia Restaurativa han visto en estas nuevas experiencias una oportunidad para devolver a los protagonistas del hecho, y en concreto a la víctima, el poder que les ha sido sustraído como consecuencia del proceso histórico de centralización del poder y de asunción por parte del Estado del monopolio en la respuesta al delito; por eso con esta concepción RESTAURATIVA de la justicia se propone "restaurar" la armonía social, recomponer los lazos humanos y sociales rotos, en vez de castigar y provocar nuevas rupturas, y aspirar a superar el paradigma retributivo con un afán por mirar más hacia el futuro que hacía el pasado: se reconoce a los delincuentes como personas al considerarles como sujetos capaces de comunicación y susceptibles de llevar a cabo compromisos reparadores y de ser reintegrados a la sociedad. También la justicia reparadora se aleja de contenidos disuasorios, en la medida que se aspira a superar la dinámica punitivista e incapacitadora, e incluso rehabilitadora, propia de las sanciones penales convencionales, a favor de una dinámica generadora de buenas relaciones, mutualismo, paz y bienestar, que sublime los instintos de venganza en sentimientos positivos hacia los otros y un reforzamiento de la autoestima y que permita ver en la responsabilización del infractor una oportunidad para ponerlo en una posición de confianza y participación en la comunidad. La Justicia reparadora ha emergido como una respuesta a otros enfoques social y jurídicamente desestabilizadores, como los de ciertas corrientes de pensamiento feminista, basados en una *"retórica de la venganza"* (Acom, 2004, p. 3).

3.14 POSTULADOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

a) El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de la ley. Se considera al delito mas por lo que supone de lesión o de perjuicio en los bienes de las personas y de la paz social que por la dimensión subjetiva de la infracción, que es considerada como manifestaciones de moralismo decimonónico o de decisionismo judicial.

b) La realización del hecho delictivo crear una situación en la que se abre una serie de riesgos y de oportunidades para enmendar el estado de cosas que había podido favorecer al delito y para reparar las consecuencias del mismo.

c) Una intervención reparadora debe abordar como prioridad la atención a la víctima primaria y en segundo lugar a las víctimas secundarias. Para el ofensor, se abre la oportunidad de incidir sobre el mismo para mejorar su interacción con la comunidad.

d) La respuesta reparadora ante el delito tiene como principios la mínima coerción, la cooperación y el restablecimiento de las relaciones humanas.

e) La Justicia reparadora trata de establecer una estructura cooperativa que favorezca la asunción de responsabilidades.

f) El proceso reparador exige una conducción profesionalizada. Resulta necesario la figura del facilitador, alguien ajeno al hecho y a las partes que debe preparar con éstas el escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibilidad para tomar parte en el mismo y adoptar estrategias que permitan una comunicación que pueda resultar satisfactoria para todas ellas, favoreciendo que ellas mismas encuentren soluciones viables y proporcionadas.

g) El acuerdo reparador que pone término a un proceso reparador exitoso debe contener compromisos razonables y proporcionados y respetuosos con la dignidad humana.

h) Son necesarias estructuras de seguimiento y responsabilización que se sirvan, en la medida de lo posible, de la comunidad natural; lo que implica que si bien se comenzó aplicando a los delitos de bagatela, a los delitos menores, a los delitos de menor reproche social, no hay impedimento para aplicarlos a delitos mayores o graves, solo que se hace necesario mejorar progresivamente sus criterios en la aplicación para estos delitos.

3.15 JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

El movimiento Internacional a favor de la Justicia reparadora ha cristalizado en la aprobación por el ECOSOC (Consejo Económico Social) en abril de 2002, a impulso del 10° Congreso de las Naciones Unidas de prevención del crimen y justicia penal, de la Resolución 2002/12 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia Penal". El instrumento arranca de una declaración favorable a esta forma de justicia, calificada como *"respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece al entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades"*. A tenor de sus enunciados programáticos, los Principios se corresponden más con un modelo de complementariedad que de alternatividad respecto a los sistemas de justicia penal vigentes, a los que debe adaptarse según criterios de flexibilidad. Si bien el documento ECOSOS no tiene fuerza vinculante para los Estados y evita establecer recomendaciones explícitas a éstos para que adapten sus legislaciones a los Principios. Se milita a lanzar a los Estados miembros el mensaje de que consideren la posibilidad de establecer en sus directrices y normas que rijan la utilización de los programas de justicia restaurativa, a cuyo fin señala una serie de contenidos, entre los cuales debe destacar las garantías de un tratamiento equitativo del infractor y de las víctimas, el deber de confidencialidad de los participantes en los diálogos, el examen por parte del juez de los acuerdos para dotarles del valor propio de una sentencia y las previsiones en caso de fracaso del proceso reparador y de incumplimiento de acuerdos. En el cual también están involucradas las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales, a través de la investigación y de la evaluación de los programas. En esto resulta interesante la Recomendación de 1999 del Consejo de Europa, limitada a la mediación; también se refiere exclusivamente la mediación la Decisión Marco de 15 de Marzo de 2001 de la Unión Europea, que impone a los Estados miembros la obligación de introducirla en el seno de sus respectivos procesos penales no más tarde de marzo del 2006; nuestro país, Perú se encuentra dentro de los países que integran el ECOSOC cuyo mandato expira el 2011, veremos si ha cumplido con la inducción sugerida.

El desarrollo del paradigma en el plano internacional no se ha detenido, como refleja la memoria del 11vo Congreso sobre la prevención del Crimen y la Justicia Penal celebrado en Bangkok, que dibuja una Administración de Justicia a

la Justicia Restaurativa como intento de aprovechar las ventajas de los tradicionales sistemas de justicia. Asimismo, desde el reconocimiento de su vinculación con las necesidades humanas de las víctimas, la justicia reparadora ha sido concedida como un DERECHO HUMANO de éstas, así como de los ofensores y la comunidad, de derecho que hallaría su fundamento en la Declaración Universal de Derechos del Hombre (Smith, 2005).

3.16 EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A partir de todo lo antes expuesto, podemos inferir las siguientes conclusiones sobre el contenido esencial de la Justicia Restaurativa, y son: **a)** La Justicia reparadora no aspira propiamente a establecer el status quo anterior al hecho, sino que trata de establecer una relaciones interpersonales y una convivencia social basadas en el respeto mutuo y la cooperación; en ese sentido, iría más allá, en buena parte de sus formulaciones, de las técnicas de mediación y resolución alternativa de conflictos.; **b)** La justicia reparadora debe distinguirse de la NEGOCIACIÓN y, aunque puede tener elementos en común con otras formas de justicia consensuada o negociada, su espíritu es muy lejano de aquellas formas en las que idea de justicia se halla degenerada y denigrada bajo prácticas basadas en el regateo (como sucede actualmente con la dinámica forense generada por la instauración de la conformidad en el proceso penal peruano), **c)** La MEDIACIÓN en el ámbito penal presenta características muy distintas a la mediación en otros órdenes (familiar, laboral o mercantil), pues parte de una situación de radical desigualdad en la experiencia y la posición ante el Derecho de la víctima y victimario. La atención a la dimensión emocional y una sensibilidad singular respecto a la víctima son por ello requisitos fundamentales, especialmente a la hora de ponderar las habilidades y competencias exigibles a los facilitadores. **d)** El diálogo reparador exige la concurrencia de unas condiciones mínimas de igualdad y predisposición dialogal en las partes principalmente afectadas, que no se dan, por ejemplo, cuando el agresor presenta una personalidad psicopática no idónea para la empatía o cuando está instalado en una posición de tirano, o la víctima tiene excesivamente lastimada la autoestima para poder participar en el proceso sin perpetuar el mismo el sometimiento ante el agresor, e) El espíritu de la justicia reparadora es capaz de hacer una importante contribución en los procesos de

pacificación y recomposición social que siguen a una situación de conflicto social crónico, provocado por guerra o terrorismo. Una de las experiencias en nuestro país, fue la etapa posterior a la guerra interna que sufrimos contra Sendero Luminoso y el resto de grupos terroristas, **la labor no fue de simple conciliación y mediación, sino fundamentalmente se tuvo que acudir a criterios de Justicia Restaurativa**, entendiéndose no solo como una reparación por el delito causado, sino todo una serie de programas de asistencia a las víctimas del terrorismo, como políticas a favor de los desplazados, de las víctimas vulnerables como niños, mujeres y ancianos que fueron las víctimas indirectas de esta guerra cruenta, en el cual no solo hubo terrorismo de abajo, sino de arriba, es decir, terrorismo Estatal, como es el caso de la aparición de grupos de aniquilamiento como "el grupo colina" y otros.

A la hora de estructurar la articulación de la justicia reparadora con el sistema de justicia penal es habitual en la literatura comparada recurrir a la distinción entre formas de justicia reparadora antes y después de la condena. Como se verá a continuación, en Perú, se ha desarrollado legislativamente con mayor intensidad la reparación ANTERIOR a la Sentencia, mientras que otros ordenamientos carecen de referencia alguna a la justicia reparadora (es el caso de España, salvo para el caso de la justicia de menores). Perú, parece haber seguido lo establecido por el artículo 10 de la Decisión Marco Europea del 15 de marzo de 2001 referido a la introducción de la mediación en el proceso penal. Así en el plano de *"lege lerenda"* se ha señalado que *"la ley procesal debería articular mecanismos para ofrecer al imputado y a la presunta víctima la posibilidad de iniciar un proceso extrajudicial de mediación o justicia reparadora conducido por personal especializado que, en el supuesto de que finalice con un acuerdo reparador, pueda dar lugar al sobreseimiento de la causa si se trata de delitos de menor gravedad o, en todo caso, a una atenuación de la pena"*, no otra explicación encontramos con la presencia mas fortalecida del Principio de Oportunidad y de los Acuerdos Reparatorios, fundamentalmente en éste último, en el cual la sola existencia del acuerdo entre víctima y ofensor, para que el proceso penal tenga que archivarse y el Fiscal tenga que estar obligado a dictar su disposición de abstención del ejercicio de la acción penal, como ocurre con el artículo 2, ordinal 6to del Código Procesal Penal Nuevo; si bien nuestro Código no habla de Justicia Restaurativa; como es el caso del Código Procesal Colombiano,

aprobado por Ley No 906/2004, incluye todo un capítulo dedicado a la justicia restaurativa en el que el legislador se muestra ambicioso en la asunción de los criterios establecidos en las normas internacionales, lo que sitúa a Colombia como el líder en esta materia, inclusive el artículo 518 adopta el contenido conceptual de la Declaración del ECOSOC de 2002 con la definición del *"programa de justicia restaurativa"* como todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, que atienda las responsabilidades individuales, colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución en los siguientes puntos:

a) Consentimiento libre y voluntario de la víctima y del imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo, de modo que cualquiera de ellos puede revocarlo en cualquier momento.

b) Adecuación al principio de proporcionalidad, en el sentido que los acuerdos que se alcancen deberán tener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado por el delito.

c) Garantías procesales en la comunicación entre programa restaurativo y proceso penal, que se refleja en el mandato taxativo de que la participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos posteriores.

d) El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.

e) Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

f) La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

Si bien estos son los ideales en la aplicación de la Justicia Restaurativa, asumidos en éste caso por el hermano país de Colombia; nuestro sistema se aleja de ellos, por ejemplo establece un programa de justicia restaurativa que se desarrolla sin facilitadores especializados, sino que dicha función de llevar adelante Criterios de Oportunidad (como el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios) son a través de los mismos Fiscales o personal Fiscal esto a nivel jurídico; aunque a nivel de

apoyo psicológico, los profesionales de Medicina Legal vienen prestando asesoramiento al nivel conductual de las víctimas vulnerables; si bien en Perú no tenemos los *"diálogos reparadores"* si hemos introducido a los ACUERDOS REPARATORIOS en los cuales el Fiscal, cumple una función primaria de ser un MEDIADOR y luego cuando ya las partes no se ponen de acuerdo pasa a ser un CONCILIADOR, pues propone formulas de conciliación al extremo de imponerlas si las partes no se ponen de acuerdo todo en la etapa de la Investigación preliminar y preparatoria; estos mismos ACUERDOS vienen siendo cuestionados, cuando el agraviado no existe, o cuando es la SOCIEDAD, o cuando se trata de INTERESES COLECTIVOS o DIFUSOS, o el caso de DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO - por ejemplo los Delitos de Peligro Común, entre otros-, en cuyo caso la representación la ejerce el Fiscal, pero como puede ser representante de la víctima y también actuar como MEDIADOR o CONCILIADOR? La imparcialidad se ve seriamente cuestionada. Una JUSTICIA RESTAURATIVA, ve que la mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados, realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o impedimento de disculpas o perdón del ofensor.

Finalmente la JUSTICIA RESTAURADORA también se aplica a la EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA, es decir, con efecto posterior al proceso, y tiene que ver con el pago de la reparación civil, con la asunción de reglas de conducta y su efectivo cumplimiento, de los beneficios penitenciarios diversos que se aplican, y terapias de grupos destinados a la reinserción del condenado a la sociedad y de la víctima a su entorno, en el cual inclusive se puede preparar programas en conjunto; la desatención hacia los intereses de la víctima es en el Derecho una constante en lo tocante al régimen jurídico de la EJECUCIÓN penal. Se ha dicho que la víctima ha sido la gran olvidada en el proceso penal, en la fase de ejecución la invisibilidad del ofendido llega hasta el punto de que habitualmente todavía no existe conciencia de tal olvido (por ejemplo en el concesorio de beneficios penitenciarios a los condenados, las víctimas no participan de modo alguno en las audiencias que se fijan para debatir estos beneficios, es frecuente ver al imputado, su abogado, y al Fiscal, la víctima, ni es notificada para la audiencia, ni notificada el resultado de ser positivo en el concesorio del beneficio). Finalmente, es verdad que el endurecimiento de las

políticas criminales para determinados delitos no permite pues introducir programas de Justicia Restaurativa en la ejecución penal; lo que no impide que puede haber éstos programas.

3.17 REPARACIÓN ANTES QUE LA SENTENCIA

Debe distinguirse dos momentos fundamentales, de la ABSTENCIÓN del ejercicio de la acción penal ANTES o DESPUÉS de la FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA; si es ANTES el legislador peruano ha otorgado al Ministerio Público la capacidad limitada para decidir la no incoación de la acción penal en dos casos: cuando se trata de delitos cuyas penas son mínimas, de bagatela o de mínima culpabilidad como es el caso de la aplicación del Principio de Oportunidad; igualmente cuando se trata de bienes jurídicos patrimoniales permite la aplicación de los Acuerdos Reparatorios, aunque para éste aspecto también amplía la abstención tratándose de delitos culposos, de modo tal que puede ingresar también un delito de homicidio culposo donde no haya pluralidad importante de víctimas; en ambos casos debe darse la aceptación voluntaria en la reparación del daño ocasionado por el delito o exista acuerdo en tal sentido; éstos supuestos hace que el Ministerio Público se ABSTENGA del ejercicio de la acción penal, situación que lo vamos a desarrollar con mas profundidad en los siguientes capítulos. Si el Proceso ya se FORMALIZÓ, también se puede dar el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, pero será el Juez, quien apruebe el SOBRESEIMIENTO solicitado por el Fiscal, es decir, el desistimiento en el ejercicio de la Acción Penal está condicionado a la aceptación por el Juez, no considero que finalmente sea el Juez quien es el que se abstiene de ejercitar la acción penal, sino que el hecho que el caso sea sometido a su jurisdicción implica que el Juez actúe como un CONTROL INTERÓRGANO aceptando o no la abstención del Fiscal, que en buena cuenta **es un DESISTIMIENTO**; queda claro, que en AMBOS CASOS el DESISTIMIENTO en la continuación del mismo por conciliación es por la reparación que cumple u ofrece cumplir el ofensor a favor de la víctima. En conclusión, el Ministerio Público podrá abstenerse del ejercicio de la acción penal sin intervención del Juez si es que no ha formalizado la investigación preparatoria, y si ya lo hizo, requiere de la intervención del órgano jurisdiccional. Este aspecto

espinoso también lo asumo en ésta investigación con una propuesta muy concreta como se verá.

De todo esto se colige que a nivel de la investigación preliminar, un Fiscal no puede abstenerse en el ejercicio de la acción penal, fuera de los supuestos contemplados en el artículo 2° del NCPP sea para el Principio de Oportunidad o para los Acuerdos Reparatorios, es decir, no está en su discreción continuar o no continuar con el ejercicio de la Acción Penal, sino que la ley le da extremos taxativamente fijados o límites a tal facultad, que si las desborda indudablemente incurre en responsabilidad penal, civil y administrativa. La existencia de delitos cualificados hacen que el DESISTIMIENTO del Fiscal no se pueda producir, ni tampoco se permite al Juez dictar el SOBRESEIMIENTO en el caso de existir una FORMALIZACIÓN ya en curso, en cuyo caso también será responsable de admitir semejante abstención del ejercicio de la acción penal.

3.18 SOBRE EL CONTENIDO DE LA REPARACIÓN CIVIL

Hemos podido observar todavía estamos lejos de una JUSTICIA RESTAURATIVA, pues hay casos en los que no se trata igual a quien cometido un delito consumado y otro en grado de tentativa; también en ocasiones el imputado y la víctima no son informados debidamente de las consecuencias de llegar a una conciliación o mediación en el conflicto que están inmersos; igualmente se exige que la reparación civil sea verdaderamente efectiva y no se quede en el mero compromiso sino que se cumpla la verdadera prestación pactada por el infractor; otro aspecto importante es considerar que la reparación acordada en una salida alterna como son los acuerdos reparatorios o principio de oportunidad son o no son independientes de la responsabilidad civil derivada del delito?, este es un tema que conviene aclarar con especial cuidado en diversos foros profesionales jurídicos o sociales; aunque por ahora nos inclinamos a decir, si la voluntad de las partes condiciona al ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal, porque no podría cerrar el debate respecto a la reparación civil si las partes están de acuerdo en los daños ocasionados por el delito? Doctrina autorizada considera que, si las partes llegan a la aplicación de una salida alterna como es el Principio de Oportunidad o un Acuerdo Reparatorio, la autentica reparación civil entendida como

indemnización civil es autónoma y debe ser fijada por el Juez.⁽³⁹⁾, situación diametralmente opuesta en nuestro país, pues ella la fija el Fiscal, pero no por ello resulta ser mala, sino que se trata de una opción legislativa, en todo caso debemos pedir que su fijación debe ser acorde a los extremos de una Justicia Restaurativa.

3.19 COLOFÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Es un sistema moderno, que permite mejorar el sistema de justicia, tomando en cuenta a la víctima, todo lo cual hace que la justicia penal no termine necesariamente en un proceso, sino en vías alternas en donde se puede lograr mejores resultados que favorezcan a la víctima y en especial se logre que el imputado se reinerte en la sociedad y la colectividad no se vea perjudicada por no saber controlar éste conflicto de orden penal; el Código Procesal Penal Peruano tiene ese reto y esperamos que en este trabajo se pueda entender mejor este marco doctrinario y aplicarse adecuadamente en la realidad a partir de las experiencias recibidas hasta hoy, en consonancia con el sistema internacional de Justicia Restaurativa, pues nuestro sistema es solo parte de éste y se ha introducido las salidas alternas, sin tener en cuenta elementos sustanciales para una cabal administración de justicia..

⁽³⁹⁾ TAMARIT SUMALLA, Josep Ma. “Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora”. Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia 2006, p. 362.

4. MARCO NORMATIVO ESPECÍFICO DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

4.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS:

Dentro de los nuevos Criterios de Oportunidad, en el nuevo Código Procesal Penal, se ha introducido los ACUERDOS REPARATORIOS, aplicándose en la realidad desde el 1 de Julio del 2006 a la actualidad en Huaura como Distrito Judicial Piloto, y luego en el resto de distritos Judiciales, aquella institución sin embargo, ha tenido una evolución legislativa como lo relataremos.

Uno de los primeros antecedentes ha sido el Principio de Oportunidad, el mismo que está vigente en nuestro país desde hace 19 años⁽⁴⁰⁾ sus éxitos son relativos; por lo que para reforzar dicha institución, en su aspecto cuantitativo y cualitativo y conforme al Nuevo Código Procesal Penal se ha introducido varios criterios de la Justicia Penal Negociada, uno de ellos precisamente son los ACUERDOS REPARATORIOS, como un modo alternativo de resolver los conflictos de orden penal que sean disponibles; salida alterna que puede utilizarse cuando se cuenta con la aprobación del Fiscal o del Consentimiento válido de ambas partes⁽⁴¹⁾: la víctima y el acusado, se juntan para acordar una forma determinada para poner término al conflicto, sin necesidad de llegar a un juicio; históricamente, en nuestro país, no existe antecedente alguno con ese "*nomen iures*" de ACUERDOS REPARATORIOS.

El Decreto Legislativo N° 638 que introdujo el Principio de Oportunidad en Perú entró en vigencia en el año 1991, allí en el Artículo 2, párrafo 3 se hablaba de un Acuerdo entre la víctima y el agente respecto a la Reparación Civil, pero ésta institución no fue desarrollada adecuadamente por la Circular No 006 - 95 - MP - FN pues permitía que el Fiscal variara sustancialmente a una transacción que se le presente, ni lo obligaba a seguir sus términos, al extremo que podía cambiar los acuerdos en cuanto al monto y los plazos que contenía; obviamente esto vulnera a los acuerdos libremente adoptados por las partes.

⁽⁴⁰⁾ El Principio de Oportunidad entró en vigencia por el Decreto Legislativo No 638 del 27 de Abril de 1991, éste determinó el ingreso de algunas instituciones del Código Procesal Penal, entre ellas aquel Principio.

⁽⁴¹⁾ El consentimiento en sentido vulgar es consentir, es permitir o tolerar algo, es decir, dar aquiescencia o aprobación a algo. En otro sentido, quizá más técnico consentir (de *cíán* - *sentiré*) puede considerarse como el común sentimiento o la común voluntad de dos o más personas. Consentir es la expresión de voluntad libre y legal de victimario y víctima. Este es el criterio de consentimiento antes de ser acto jurídico o contrato, sostenido por Luis DIEZ PICAZO, "fundamentos del Derecho Civil Patrimonial" Volumen Primero. Madrid 1996, p. 147.

Posteriormente el Principio de Oportunidad fue modificado sustancialmente cuando se introdujo con nombre propio a los Acuerdos Reparatorios mediante Ley 28117 del 2003 comprendiendo a los acuerdos reparatorios para los delitos culposos, lesiones leves, hurto y apropiación ilícita.

Finalmente la Fiscalía de la Nación dictó un nuevo Reglamento de aplicación del principio de Oportunidad mediante Resolución N° 1470 - 2005 - MP - FN (12 de Julio del 2005) desarrollando significativamente al Principio de Oportunidad, no así a los Acuerdos Reparatorios, guardando silencio absoluto; obviamente menos alcanzó, por razones de tiempo - posiblemente-, a regular al actual Acuerdo Reparatorio contenido en el nuevo Código Procesal Penal.

Entre sus antecedentes legislativos internacionales podemos mencionar que a nivel internacional en Sudamérica, esta institución se viene aplicando antes que nosotros en primer lugar Costa Rica (Enero de 1998), Venezuela (Julio de 1999), luego Colombia y Chile (Octubre del 2000), entre otros.

Considero en realidad que los países vienen adoptando a los Acuerdos Reparatorios movidos por la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder de la ONU suscrito en 1985, normativa internacional de Derechos Humanos en el cual se reconoce, entre otros, que toda Víctima tiene derecho a tener acceso a mecanismos de la justicia rápida y una pronta reparación.

Que esos procedimientos deben ser expeditos, justos, poco costosos y accesibles, que deben ser minimizadas las molestias causadas a las víctimas en la sustanciación de sus causas, hay pues un interés preponderante de la víctima en la obtención de la reparación de los daños causados por el delito, la implementación de los Acuerdos Reparatorios cumple en parte esa aspiración de la Declaración Universal.

Últimamente, ECOSOC⁽⁴²⁾, viene implementando programas destinados a instaurar una JUSTICIA RESTAURATIVA en materia Penal, en una de sus

⁽⁴²⁾ EL ECOSOC es el Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, labora juntamente con las Naciones Unidas para prevenir el crimen y mejorar el sistema de justicia penal, estos entes vienen

declaraciones Resolución No 2002/12 se ha sostenido que aquella debe ser entendida como una *"respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece al entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades"*. Podemos apreciar que estos enunciados inspiran mas a sistemas complementarios que a sistemas alternos de justicia; y si bien las recomendaciones no tienen fuerza vinculante, exige a los Estados adapten su normatividad a una justicia restaurativa, a cuyo fin señala una serie de contenidos, entre los cuales debe destacar las garantías de un tratamiento equitativo del infractor y de las víctimas, el deber de confidencialidad de los participantes en los diálogos, el examen por parte del fiscal o juez, según corresponda, de los acuerdos para dotarles del valor propio de una sentencia y las previsiones en caso de fracaso del proceso reparador y de incumplimiento de acuerdos, habiendo concedido un plazo de adaptación hasta el año 2006, creo nuestro país Perú ha cumplido con adaptar su legislación al día 1 de Julio del año 2006, con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, sin embargo todavía falta la implementación de las consecuencias del incumplimiento de un Acuerdo Reparatorio y otros aspectos puntuales que lo vamos a mencionar en éste trabajo.

Nuestras autoridades del Sistema de Administración de Justicia, ven a los medios alternativos de resolución de conflictos (MARCS) o medios alternativos de solución de conflictos (MASC), solo como instrumentos de descarga procesal, basta apreciar el discurso del presidente Alan García cuando dijo: *"...En cuarto término, la reforma de la administración de justicia **para acelerar los procesos** y evitar el gran número de presos sin sentencia. **Eso se logrará con el nuevo Código Procesal Penal** que ya se aplica en siete departamentos y que estará vigente en todo el país al terminar el Gobierno..."*⁽⁴³⁾ igualmente, el mismo Presidente de la Corte Suprema dice: *"....Estas acciones corresponden a las áreas de informática, central de notificaciones, modernización administrativa, **celeridad procesal**,*

impulsando programas de justicia restaurativa en materia penal. Perú ha sido elegido por aclamación para integrar éste consejo a partir del año 2010 al 2013.

⁽⁴³⁾ Es fragmento del discurso del Presidente de la República, dado el 28 de Julio del año 2009.

implementación de juzgado comerciales, implantación del nuevo Código Procesal Penal a nivel nacional y la lucha frontal contra la corrupción, cuyos logros ya se advierten....⁽⁴⁴⁾ también nuestra Fiscal de la Nación ha sostenido al respecto, "... Tuve la oportunidad de conversar con el presidente García y me aclaró que el apoyo iba a ser integral y espero que así sea, además que **para lograr una verdadera descarga procesal**, el apoyo debe ir dirigido tanto al Poder Judicial como al Ministerio Público, porque ambas instituciones van de la mano.." (Declaración a Perú.com, en Octubre del año 2009, proyectándose para las labores del 2010); el Código Procesal Penal, no es un solo instrumento de DESCARGA PROCESAL, lo es mucho mas, y en el aspecto de las salidas alternativas, como los Acuerdos Reparatorios, se espera otro tipo de justicia restaurativa para la víctima y una verdadera oportunidad para el imputado que podrá tener una posibilidad brillante para insertarse sin problema alguno luego de haber cometido un hecho punible, cumpliéndose de esa forma con la prevención general, sin lograr efectos estigmatizantes traumáticos y demás efectos criminógenos que hemos aludido párrafos arriba.

4.2 DEFINICIÓN y NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO

Los acuerdos reparatorios son un mecanismo de composición entre la víctima y el imputado, de los cuales surge una solución diferente a la persecución estatal y la pena, la esencia de tal composición es que debe existir en principio un ACUERDO, cual es la naturaleza de éste? Si el ACUERDO o CONSENTIMIENTO, pueden crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, podemos hablar que estamos ante los mismos presupuestos que conforman la MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD de un ACTO JURÍDICO? No, creo que debemos desestimar ésta posición de asimilar el ACUERDO REPARATORIO a los requisitos de un ACTO JURÍDICO, habida cuenta que tal institución solo es posible aplicar cuando se trata de relaciones jurídicas queridas - y el delito en especial no fue deseado en especial por el agraviado - y de origen lícito, por tanto el ACUERDO REPARATORIO no se puede asimilar a un ACTO JURÍDICO. Sin embargo, merece atención las precisiones al respecto por el ilustre profesor

⁽⁴⁴⁾ Discurso de Apertura del Año Judicial 2010 por el Presidente Villa Stein.

Juan Espinoza⁽⁴⁵⁾, en cuanto al HECHO JURÍDICO, dice: *“Para autorizada doctrina italiana, “actos ilícitos (desde el punto de vista del derecho privado y prescindiendo de los actos ilícitos penales) son aquellos que, queridos por el sujeto que los realiza y cumplidos contra una norma de ley, producen un daño a otro sujeto; y, a causa de ello, importan, para quien ha realizado el acto, la obligación de resarcir el daño inferido.....sin embargo, la doctrina que vengo citando distingue el acto ilícito del negocio ilícito. En el primero “un efecto jurídico (a cargo de quien lo comete, o de quien debe responder de él) se verifica contra la voluntad del agente”. En el segundo, “el efecto que perseguiría quien declara la voluntad no se verifica, aun cuando sea querido”. En el caso de los actos ilícitos, el efecto jurídico no querido al cual se está haciendo referencia es a la obligación de resarcir el daño.....hay una exacta correspondencia entre el binomio hechos jurídicos humanos voluntarios ilícitos – actos ilícitos y el de actos ilícitos – negocios ilícitos. De tal manera, la “la ilicitud” no será una característica ajena, incluso en los negocios jurídicos”*. Estas aseveraciones, le permitirán decir que el acto jurídico se materializa a través de la manifestación de voluntad y el negocio a través de la declaración de voluntad, por eso hay una relación de género a especie, concluye sosteniendo dos aspectos interesantes para éste trabajo: *“Dentro de ésta concepción, es también acto jurídico el hecho humano voluntario ilícito. La ilicitud (o ilicitud) de un hecho humano voluntario no puede desvirtuar su naturaleza de acto.....En mi opinión, el acto jurídico es aquel hecho humano realizado voluntariamente, lícito o ilícito, del cual surgen efectos jurídicos”*; de lo que tentativamente puedo colegir que cuando las partes, utilizando su manifestación de voluntad, del imputado y del agraviado en un acuerdo reparatorio, existirá un ACTO JURÍDICO, pues este abarca inclusive al hecho ilícito por extensión al delito y sus efectos que no fue querido por la víctima, pero de ninguna manera (víctima e imputado) estarán suscribiendo un NEGOCIO JURÍDICO, pues este requiere una declaración de voluntad responsable, exteriorizando la “coordinación jerárquica de nuestros deseos”, y con efectos estrictamente lícitos situación que no ocurre en el ACTO JURÍDICO; bajo la óptica del maestro puedo entender que un Acuerdo Reparatorio será un Acto Jurídico, pero no un Negocio Jurídico. Otra propuesta de entender la naturaleza jurídica es entender al ACUERDO REPARATORIO como un CONTRATO, situación que no permite construir, pues en principio no se trata de prestaciones estrictamente

⁽⁴⁵⁾ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Abril 2008. p. 29 – 36.

patrimoniales como lo exige el artículo 1361 del Código Civil, pues en los acuerdos pueden existir diversas formas de reparar el daño y lo patrimonial es solo una parte de ellas, pero lo fundamental en el contrato hay un acuerdo de dos o más partes para regular una relación, pero la víctima en ningún momento ha deseado dicha relación con el imputado, por lo que tal tesis la desestimamos. La otra postura que quedaría es considerar que los ACUERDOS REPARATORIOS tienen su origen a las OBLIGACIONES; el profesor español Díez Picasso⁽⁴⁶⁾ sostiene que una primera acepción de las OBLIGACIONES es utilizarlo como sinónimo de DEBER JURÍDICO cuyo contenido es susceptible de recibir una determinada valoración económica, por consiguiente el DEBER JURÍDICO aparece así como aquello que hay que hacer y la razón por la cual hay que hacerlo, desde ese punto de vista comprende la idea de RESPONSABILIDAD; empero la idea de obligación expresa un enlace entre un DERECHO y un DEBER. La Obligación es una situación jurídica, en la cual una persona (acreedor) tiene un derecho, que pertenece a la categoría de lo que hemos llamado DERECHOS PERSONALES o de crédito. Es un DERECHO, que le permite exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (deudor), que soporta el deber jurídico de realizar a favor de aquél un determinado comportamiento (deber de prestación). Así considerada, la obligación no sólo es el deber jurídico, sino también un derecho subjetivo. En esa relación, continúa diciendo el profesor Picasso, que en la OBLIGACIÓN no solo hay el elemento de la DEUDA⁽⁴⁷⁾ a que se ha aludido, sino también hay el elemento RESPONSABILIDAD, ambos como fenómenos separados, la DEUDA (*Shuld*) indica solamente el deber de realizar una prestación. La RESPONSABILIDAD (*Haftung*) es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor; dice textualmente: *"....en el momento histórico más antiguo, las obligaciones nacen únicamente de los delitos. La deuda es entonces el deber del autor del delito de pagar una compensación pecuniaria (Busse). La responsabilidad es en cambio la posibilidad que el demandante de la Busse y los miembros de su grupo familiar tienen que atacar al deudor en virtud de la pérdida de la paz...."*. Por eso en el período más antiguo del Derecho Romano las únicas fuentes de las OBLIGACIONES fueron el *contratus* y el *delictum*, siendo éste el que tuvo precedencia histórica; de manera que en una fase inicial los delitos

⁽⁴⁶⁾ DIEZ PICASSO. 1996, p. 48.

⁽⁴⁷⁾ Díez Picasso opta por la presencia de la Tesis Intermedia que reconoce la distinción entre patrimonialidad de la prestación (en el cual la deuda es típicamente patrimonial) y la patrimonialidad del interés del acreedor (en el cual la deuda es extrapatrimonial y no necesariamente tener un valor pecuniario). DIEZ PICASSO, ob. cit. p. 86.

daban únicamente, de manera que sólo cuando para eludir la venganza privada se estableció, por medio de un negocio solemne, el deber de pagar una compensación, pudo hablarse de una OBLIGACIÓN DERIVADA DEL DELITO, aunque en rigor la obligación NO deriva directamente del delito, sino de la PROMESA. En un momento posterior la compensación voluntariamente prometida fue sustituida por una COMPENSACIÓN LEGAL. A partir de ese momento, cabe hablarse del delito como una fuente autónoma de obligaciones. En conclusión, las fuentes de las obligaciones fueron dos, primero el delito y segundo el contrato. Con el tiempo ambos pasaron a constituirse como dos grandes criterios para dividir lógicamente las fuentes: o bien la voluntad humana cristalizada a través de aquellos negocios idóneos de creación de obligaciones o bien determinados hechos diversos e independientes de aquella voluntad, pero de los cuales la ley deriva, por unas u otras razones, el nacimiento de una obligación.

Entonces, hasta acá podemos afirmar, que cometido el DELITO NACE DOS TIPOS DE RESPONSABILIDADES, una penal que exige una sanción y una civil que exige una reparación por el daño causado, posición que tiene un reconocimiento en el Artículo 92 del C.P. que refiere: *"La reparación civil se determina conjuntamente con la pena"*; y cual es el posible tratamiento que se da a ambos desde un punto de vista estrictamente legal? Al respecto el mismo Código Civil nos permite TRANSIGIR la RESPONSABILIDAD CIVIL que emerge de un DELITO, para ello basta leer el Artículo 1306 del C.C. que a la letra dice: *"Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito"*, transacción que siendo un modo de extinción de las obligaciones dará por fenecido la persecución desde el punto de vista CIVIL; pero cuando hablamos de la OBLIGACIÓN de RESPONDER por la afectación a un bien jurídico tutelado desde el punto de vista penal y bajo el Principio de Legalidad, que exige la persecución, no hay forma de extinguirlo sino es por las causales contenidas en el artículo 78 del C.P., no hay otra forma de extinción; empero por razones de política criminal, por reducir la carga frente a delitos que no tienen mayor reproche penal, a delitos de bagatela, frente a delitos en los cuales no es necesario la aplicación de la pena, el legislador a creado los Criterios de Oportunidad, el de última creación: los ACUERDOS REPARATORIOS; institución en la que se parte NO POR EL ACUERDO DE LAS PARTES, sino, en principio, se parte del

CONSENTIMIENTO libre, voluntario y espontáneo que tiene que dar el INDICIADO - no otro sujeto procesal - para someterse a un ACUERDO, y después recepcionar la propuesta del AGRAVIADO o del FISCAL - en ausencia de éste - y si el ACUERDO prospera, recién estamos ante un ACUERDO REPARATORIO, Montero Aroca, comentando para el Principio de Oportunidad, pero que su razonamiento puede aplicarse a los Acuerdos Reparatorios, dirá, *"....El Principio de Oportunidad, responde a una concepción política que proclama la libertad del ciudadano para decidir tanto qué relaciones jurídicas materiales contrae como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que cree tener, y así: a) Cuando se trata del **Derecho Privado**, y en él de normas que establecen verdaderos derechos subjetivos, que son principalmente económicos, el punto de partida es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de estos derechos subjetivos, de modo que se reconoce la existencia de relaciones jurídicas materiales, de las que existen titulares activo y pasivo, con lo que estamos ante la existencia de verdaderos derechos subjetivos, por un lado, y de obligaciones, por el otro. Siempre existirá, pues, quien afirma ser titular de un derecho subjetivo y a quien imputa la titularidad de la obligación, b) El **Derecho objetivo privado** se aplica principalmente por los particulares, y ello hasta el extremo de que los tribunales del Estado, por medio del proceso, proceden a la actuación de ese Derecho Privado sólo de modo excepcional El Derecho Privado es aplicado por los particulares millones de veces cada día y sólo en poquísimas ocasiones, por lo menos relativamente, se pide a un órgano judicial, por un particular y contra otro particular, que proceda a la actuación de ese Derecho. c) Cuando un **derecho subjetivo privado** es desconocido o violado, el proceso civil, y con él la actuación de un tribunal, no es el único sistema para su restauración, pues el particular que se cree titular de ese derecho puede desde dejarlo insatisfecho hasta acudir a sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos. El ordenamiento jurídico le impedirá utilizar medios de autotutela. (tomarse la justicia por su propia mano), pero le quedan abiertas todas las posibilidades de autocomposición (solución del conflicto por las partes del mismo, generalmente por medio de la transacción) y de heterocomposición (solución del conflicto por medio de la decisión de un tercero ajeno al mismo, normalmente el arbitraje, pero no el único), d) El acudir a los órganos judiciales del Estado, pidiendo la incoación de un proceso civil, es algo que queda en manos de los particulares, pues son ellos lo que tienen que decidir*

si es oportuno o no para la mejor defensa de sus intereses el acudir a los tribunales, de modo que el proceso sólo podrá iniciarse cuando un particular lo pida expresamente y de la misma manera que la ley prevé. El Proceso no podrá iniciarse nunca de oficio por el juez, pero tampoco podrá instarlo alguien distinto en particular, alguien que no llegue a afirmar ser titular del derecho subjetivo, con lo que se excluye también al Ministerio Público.⁽⁴⁸⁾

Es claro pues, luego de éste breve recuento, que la comisión de un delito emerge una OBLIGACIÓN, ella tiene como fuente la LEY y no el acuerdo de voluntades, bajo el Principio de Legalidad solo quedaría perseguir, pero por el Principio de Oportunidad, el legislador en casos perfectamente reglados, determina que delitos pueden ser materia de un ACUERDO y lograrse su extinción desde el punto de vista penal, para ello, se requiere en principio reconocer la LIBERTAD del indiciado de decidir su forma de actuación frente a las consecuencias del delito que ha cometido - no hay acuerdo reparatorio valido, si de por medio no hay mínimamente, una causa probable de un delito - y luego reconocer la AUTONOMÍA de su voluntad, aunque constreñido por los cargos penales que se le formula en la investigación preliminar, de someterse a un PROCESO alterno al PROCESO PENAL TRADICIONAL, ese CONSENTIMIENTO es el que abre las puertas de los ACUERDOS REPARATORIOS, y de ser exitosos con el Agriaviado y el Fiscal, su CONSENTIMIENTO será suficientemente válido para extinguir su persecución penal del cual es objeto.

4.3 LOS ACUERDOS REPARATORIOS SON PROCESOS?

Es frecuente escuchar en el medio prejurisdiccional o jurisdiccional, que el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, al igual que la Conciliación, el Arbitraje y la Mediación son solo Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARCS) o son Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), en ambos casos habría que preguntarse, alternativo a que? alternativo de que? alternativo porque? Obviamente, será alternativo al proceso penal tradicional, entonces nos preguntamos, los incidentes por llamarlo de alguna manera también se erigen como un PROCESO o forman parte de éste? En cuanto a los Acuerdos Reparatorios – y también el Principio de Oportunidad –

⁽⁴⁸⁾ MONTERO AROCA, Juan. "Proceso Penal y Libertad". Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Civitas 2008, p. 42 al 44.

yo considero que no solo se trata de expresar que es un simple MEDIO ALTERNATIVO, sino que atendiendo a los ritualismos, formalidades, y exigencias que se presentan en su interior, con reglas claras, es un verdadero PROCESO⁽⁴⁹⁾, en el cual se dan un conjunto de actos que deben realizarse para componer un litigio; si se da en principio la existencia un conflicto de orden penal, luego hay la invitación del Fiscal o del imputado o del agraviado, a que este se resuelva armoniosamente, dicha invitación es puesta de conocimiento del contrario, existe un ente mediador que es el Ministerio Público, hay debidos emplazamientos a través de las notificaciones fiscales, aquel tiene que convocar a una Audiencia, y el Fiscal como funcionario está investido de facultades propias que le da la ley, las partes luego de una negociación adecuada, dentro de los extremos fijados por la ley pueden lograr componer el conflicto, ellos mismos o con la ayuda del Fiscal, dictando una decisión que se plasma en un acta suscrita con todas las garantías del caso, ambas partes debidamente asesoradas por sus defensores, que vincula al Fiscal Penal a admitirla sin mayor observación dictando una Disposición Fiscal en el cual se da por cerrado el conflicto y solucionado en sus extremos propuestos y voluntariamente aceptado por ellos; por eso su real tramitación no es la de ser un simple medio alternativo, ni tampoco es un simple PROCEDIMIENTO⁽⁵⁰⁾, sino que la Audiencia de los ACUERDOS REPARATORIOS es un verdadero PROCESO, y aún cuando no haya sido reconocido expresamente por nuestro Código Procesal Penal, no le quita su real naturaleza procesal. Sin embargo, el PROCESO como tal, es mucho más que el acto de juzgar, como dirá Monroy Gálvez, quien citando a Carnelutti, dice, que para distinguir mejor proceso y procedimiento se debe atender contra el sistema decimal; el proceso es el número concreto, que

⁽⁴⁹⁾ "Una exigencia metodológica imprescindible para el estudio del procedimiento, que se resuelve, como casi ocurre siempre, en una exigencia terminológica, me induce a aclarar y a observar con el mayor rigor posible la distinción entre la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio, y el orden y la sucesión de su realización, el primero de estos conceptos se denota con la palabra **proceso**. Aún cuando sea tenue, por no decir capilar, la diferencia de significado entre los dos vocablos, y por muy extendida que se halle la costumbre de usarlos indistintamente, invito a los estudiosos a tener en cuenta la distinción, sin cuya ayuda se hace casi imposible poner en orden en el montón de fenómenos que la teoría del procedimiento debe enseñar a conocer". Francesco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Tomo IV, p. 2. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1952.

⁽⁵⁰⁾ "La noción de **procedimiento**, por el contrario, es meramente formal. El procedimiento, así, es el proceso visto en su exterioridad, en su dinámica; o, para usar una distinción ya percibida por Joao Mendes, el proceso es el movimiento ya en su forma intrínseca". Juan Monroy Gálvez. "Introducción al Proceso Civil". Tomo I. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá - Colombia 1996, p. 133. ⁽⁵⁰⁾ MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. p. 134.

puede no llegar a la decena, o bien puede comprender a más de una; finaliza el maestro peruano Monroy dando su definición personal de PROCESO, dice: *"El proceso judicial en nuestra opinión, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos. Los que son comunes a todos los participantes del proceso...."*(sic)⁽⁵¹⁾; si esto es el proceso en concepto de maestros tradicionales y actuales, entonces, el esfuerzo que hace el Estado a través de un órgano constitucionalmente autónomo como lo es el Ministerio Público, de resolver el conflicto de orden penal *ab initio*, en la investigación preliminar y conforme a las reglas que consigna el nuevo sistema procesal penal, a través de un instrumento denominado ACUERDOS REPARATORIOS, lo hace con una sucesión de actos, que se hayan regulados en el Código Procesal Penal, con el propósito de obtener fines PRIVADOS esto es resarcir al agraviado y respecto al imputado darle una oportunidad mas para reintegrarlo a la Sociedad y en sus fines PÚBLICOS, aquel proceso, sirve para resolver un conflicto de orden penal, como fin concreto, como fin abstracto lograr la paz en Justicia y como fin práctico lograr la tan anhelada descarga procesal; por consiguiente, cuando se preguntan cuando comienza el proceso penal conforme al nuevo Código Procesal Penal, creo ya se tiene la respuesta, pues si éste Código reconoce a los ACUERDOS REPARATORIOS, al PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD y un ARCHIVO FISCAL⁽⁵²⁾ como cancelatorios de la persecución penal al igual que un AUTO DE SOBRESEIMIENTO o una SENTENCIA CONDENATORIA o ABSOLUTORIA o APROBATORIA de una TERMINACIÓN ANTICIPADA o una SENTENCIA DE CONFORMIDAD cual es la diferencia? Si todos están sometidos a trámites, a actos procesales, a la competencia de funcionarios que actúan por delegación y en nombre del Estado, que todos se someten a reglas claras de un debido proceso, donde se respetan las garantías procesales y los derechos fundamentales, donde incluso se regulan medios de impugnación y finalmente emiten decisiones que son inalterables, cual es la diferencia entre los tres primeros nombrados y los

⁽⁵¹⁾ MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit. p. 134 y 135.

⁽⁵²⁾ Obviamente, estamos hablando de un Principio de Oportunidad cumplido, estamos hablando de un Acuerdo Reparatorio cumplido y de un Archivo Fiscal firme en sus extremos que no existen nuevos elementos de convicción que lo hagan variar o que el archivo se refirió al proceso de subsunción que no es posible reabrirlo como ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional Exp. No 2725 - 2008 - PHC/TC.

tres últimos nombrados, si ambos están dentro del NUEVO sistema que consagra el Nuevo Código Procesal Penal, aunque en distintas etapas?; Yo, creo que, todos tienen un derrotero: el CONFLICTO PENAL, la solución podrá ser una salida alterna (proceso al fin y al cabo) o el proceso tradicional estrictamente jurisdiccional (proceso en puridad); por consiguiente mi propuesta de explicación sería reconocer que el PROCESO comienza desde la *"notitia criminal"*, como dicen Alberto Binder, y tiene razón, pues desde que ella es recepcionada por la policía por ejemplo, el Juez de la Investigación Preparatoria está habilitado a ingresar al procedimiento de investigación preliminar para cautelar cualquier derecho fundamental que se vea afectado, por consiguiente los actos jurisdiccionales se dan desde el inicio - siempre que intervenga el juez -; lo que pasa es que el Código está diseñado para que el Justiciable (indiciado o agraviado o ambos, con el concurso del Fiscal) puedan optar por una salida procesal alterna al proceso penal en esencia y concluir el conflicto por una SALIDA RÁPIDA como lo son el Principio de Oportunidad y el Acuerdo Reparatorio, decisiones, que si bien no son sometidas al JUZGAMIENTO, eso no quiere decir, que no sean actos jurisdiccionales, pues una SALIDA como las citadas, también producen TUTELA JUDICIAL, a las partes, al agraviado que ve RESARCIDO en sus intereses afectados y al IMPUTADO que ve que extinción de la persecución penal y que tienen el carácter de ser INALTERABLES - al menos la persecución penal, por interpretación del Artículo 2, ordinal 4 del NCPP-, eso es lo que me ha llevado a decir anteriormente que los Fiscales en algún momento producen actos jurisdiccionales⁽⁵³⁾, pues el Estado es el que ejerce jurisdicción, y lo ha delegado a diversos entes en diversos momentos, como dice la definición de Carnelutti, el proceso *"...es el número concreto, que puede no llegar a la decena, o mas bien puede comprender a más de una"* si el proceso, debe tardarse doce para llegar a una sentencia, y solucionar el conflicto, éste puede ser resuelto en el número uno y no necesariamente llegar al número doce; por eso cuando hay un ACUERDO REPARATORIO y éste es exitoso, el conflicto se habrá resuelto, en el número uno conforme a la definición de Carnelutti, sin necesidad de llegar a la parte más importante y estelar del proceso penal: el acto del juzgamiento. Por tanto, en sentido lato habrá un acto jurisdiccional del Estado, que ha satisfecho a un interés privado (el de los sujetos

⁽⁵³⁾ Al respecto puede consultarse, más ampliamente, nuestro artículo: *"¿Actos Jurisdiccionales de los Fiscales Penales? Una tentativa de enfoque"*. ARA Editores EIRL. Lima 2008. p. 135.

procesales) y el del Estado (como ente monopolizador de resolver los conflictos), habrá pues un PROCESO DE UN ACUERDO REPARATORIO que en sentido lato, contiene un ACTO JURISDICCIONAL que ha definido y concluido el conflicto penal.

De toda ésta argumentación, podemos concluir que cuando algunos autores consideran que las Salidas Alternas son inconstitucionales⁽⁵³⁾, consideramos que su error parte de dos aspectos: primero, considerar que hay un SOLO PROCESO y es el JUDICIAL y segundo que hay una SOLA JURISDICCIÓN y es la JUDICIAL; cuando en verdad producto de la evolución dialéctica de las instituciones, podemos sostener enfáticamente que el PROCESO es mucho mas que un ACTO DE JUZGAR, que aquel PROCESO no de patrimonio exclusivo del Poder Judicial, sino, siendo un instrumento al servicio del hombre sirve para resolver el CONFLICTO y esto no necesariamente se produce exclusivamente en sede judicial; y segundo que si bien hay UNA JURISDICCIÓN que corresponde al ESTADO, hay varias manifestaciones de una ÚNICA JURISDICCIÓN, lo que nos lleva a distinguir ACTOS JURISDICCIONALES LATU SENSU y ACTOS JURISDICCIONALES ERICTU SENSU. Además, debemos considerar que los Acuerdos Reparatorios tienen una lógica distinta, se basan en criterios de economía procesal, constituye una alternativa a los procesos largos y costosos, y un mecanismo para analizar la selectividad espontánea del sistema penal; en el cual no se está persiguiendo exclusivamente un INTERÉS PÚBLICO, sino un INTERÉS PRIVADO, por eso en concepto de la maestra venezolana Magaly Vásquez⁽⁵⁴⁾ compartimos su criterio, cuando dice que los ACUERDOS REPARATORIOS "*...son procedimientos VOLUNTARIOS que terminan por acuerdos entre las partes y por tanto su objetivo NO ES ENCONTRAR CULPABILIDAD estigmatizante como el PROCESO PENAL, ni tampoco establecer sanciones propiamente penales, sino reparar a la víctima, por eso es un PROCESO alternativo al PENAL...*"; por consiguiente quien pretende

⁽⁵³⁾ A nivel internacional ALBERTO BINDER ya dio esa alarma cuando se pronunció en contra de los Archivos Fiscales, en su famoso texto "Manual de Derecho Procesal Penal" y a nivel de Perú, el profesor José Carlos Mallma Soto tiene un artículo interesante denominado: "*Principio de Oportunidad versus Principio de la Presunción de Inocencia al respecto del Acuerdo Reparatorio*" consultar la página: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/prncipio-oportunidad-presuncion/prncipio-oportunidad-presuncion.shtml>

⁽⁵⁴⁾ VÁSQUEZ GONZALES, Magaly. "Derecho Procesal Penal Venezolano". Caracas. Universidad Católica. Andrés Bello 2007. p.: 62 al 71.

cuestionar al Principio de Oportunidad o los Acuerdos Reparatorios con los criterios tradicionales de proceso, jurisdicción y juzgamiento "*decimonónico*", se equivoca, y no comprenderá que a las nuevas instituciones no se puede enjuiciar con criterios ya superados.

4.4 QUE TIPO DE MEDIO ALTERNATIVO ES UN ACUERDO REPARATORIO?

En el Proceso de un Acuerdo Reparatorio, si bien nos permite resolver un conflicto de orden penal, siendo una salida alterna al Proceso Penal Tradicional, tiene que acudir a un instrumento, como puede ser una negociación, conciliación, un arbitraje o una mediación. Las teorías abolicionistas y/o minimalistas del derecho penal, la victimología, los movimientos pacifistas de resolución de conflictos, la búsqueda de resocialización del delincuente, etc, han venido potenciando la mediación penal entre víctima y victimario en los ordenamientos jurídicos, regulándose en ellos cuestiones tales como la delimitación subjetiva en el procedimiento de mediación, la capacitación del mediador, el procedimiento-base de mediación penal, el debido respeto a la presunción de inocencia, la determinación de qué tipos de delitos son posibles "*cuestionar*" en mediación, amén de la naturalización de la reparación ya como sanción específica o como manifestación restaurativa. En España, dice la profesora Barona Vilar⁽⁵⁵⁾ aun cuando algo más lentamente, se halla en el camino de configurar legalmente la mediación penal en adultos. Un paseo por el derecho americano, el inglés, los países escandinavos Francia, Alemania, Portugal y España aun cuando incipiente, así como por Chile y Brasil, son más que suficientes para considerar que la mediación penal en adultos es una realidad imparable. En todos estos países se ha producido una convergencia pacífica entre el modelo retributivo y el modelo restaurativo, siendo la mediación el instrumento procedimental con garantías para alcanzar los resultados. España, como se aprecia, se considera a la Mediación como la más indicada para resolver conflictos penales.

⁽⁵⁵⁾ BARONA VILAR, Silvia y otros. "La Mediación Penal para Adultos". Editorial tirant lo blanch. Madrid 2009. p. 410

En nuestro país, enseña el profesor Iván Choque Ormaechea y sostuvo que en ésta clase de acuerdos, el Fiscal actúa como conciliador o como mediador dependiendo del momento y del origen de la convocatoria, y no le falta razón; ya que el Fiscal cuando de Oficio (situación prevista *ab initio* del segundo párrafo del ordinal 6to del artículo 2 del NCPP) pretende llevar adelante un Acuerdo Reparatorio **será un Conciliador**, y por tanto en la conciliación su papel es más activo en tanto puede proponer soluciones, sin embargo las propuestas del tercero no son vinculantes⁽⁵⁶⁾; pero, tienden a buscar una cabal justicia restaurativa, pues le corresponde proponer el acuerdo reparatorio, en caso de inasistencia del agraviado podría hasta fijar el monto de la reparación civil que corresponda (situación permisible por la norma contenida en el ordinal 3ro del artículo 2 del NCPP) y en el caso que agraviado e imputado se hayan puesto de acuerdo en la forma de indemnización, pero no en el plazo queda autorizado por ley a fijar el plazo sin que exceda de nueve meses; pero será un **Mediador**, cuando las partes: víctima e indiciado se avienen a solucionar el conflicto penal, el Fiscal pasa a un segundo plano y los protagonistas son ellos, quiere decir, que estamos ante un Fiscal mediador, que solo observa lo que las partes han expuesto sus controversias y la forma de su solución, obviamente será un mero controlador que no rebase los extremos que la ley consigna, en ese sentido en ocasiones hasta las diligencias o audiencias para el desarrollo de los mismos será innecesaria, al extremo que si el acuerdo se lo presentan en documento público (Escritura Pública por ejemplo) o en documento privado legalizado notarialmente, solo le queda la obligación de dictar la Disposición de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal, dando por cerrado el conflicto de orden penal conforme lo ordena mandatoriamente el segundo párrafo del ordinal 6to del Artículo 2 del NCPP, aunque es verdad que como garante de la legalidad, también tendrá la oportunidad de verificar que los acuerdos no vayan a lesionar derechos fundamentales del indiciado o que las cláusulas que contiene el acuerdo estén en contra de normas que interesan al orden público o las buenas costumbres. De esto se colige que los MARCS (medios de resolución de conflictos) o MASC (medios alternativos de solución de conflictos) se dan en el mismo desarrollo del PROCESO PENAL, pero obviamente en etapas más tempranas, antes que se llegue a JUICIO ORAL etapa estelar y central del PROCESO PENAL, por tanto, aquellos medios de resolución

⁽⁵⁶⁾ ORMAECHEA CHOQUE, Iván. "Manual de Conciliación Procesal y Pre Procesal". Revista No 3. Edición Especial. Academia de la Magistratura. Lima 2000. p. 33 y siguientes.

o alternativos también se dan en el derecho penal, aunque limitado a los delitos señalados taxativamente en la norma.

En conclusión, el Acuerdo Reparatorio responde a un híbrido, que puede ser Conciliación o Mediación, dependiendo de quien parta el Acuerdo.

4.5 TAXATIVIDAD DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

El legislador ha consignado como regla que cuando existe un CONCURSO DE DELITOS, no es posible llegar a un ACUERDO REPARATORIO, dado a que se entiende que el CONCURSO supone un mayor reproche al imputado, en igual medida el CONCURSO indica mayor penalidad que inclusive podría sobrepasar a los extremos de la pena que consigna hasta el propio Principio de Oportunidad (*"que el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad"*), CONCURSO que puede afectar a bienes indisponibles. Sin embargo, el mismo legislador a la regla ya señalada, le ha fijado una excepción, si el concurso se trata de un delito de menor gravedad, entonces el acuerdo procede. Estamos pensando, por ejemplo, en un delito de lesiones culposas y fuga, el mismo que tiene varias aristas, por ejemplo si se trata de lesiones culposas leves (entre 15 a 30) y luego se da a la fuga el imputado, no podrá acogerse a un Acuerdo, pues éste último delito es mas grave con relación al primero; un ejemplo ideal puede ser, si el imputado injuria a otro, y éste reacciona, pero es lesionado intencionalmente pero con lesiones leves (no superar 30) es posible el acuerdo reparatorio; en otros casos resulta dudoso el acuerdo, veamos, si por ejemplo alguien conduciendo su vehículo ebrio causa lesiones graves (mas de 30) y se da a la fuga, resulta que sí se puede acoger a un Acuerdo, pues la fuga es de menor gravedad que las lesiones culposas. Es decir, en cada caso se debe analizar para ver si pese a existir concurso, es posible una salida alterna como el Acuerdo. Pese a la taxatividad de la norma, en precisar sobre que delitos recaen los Acuerdos Reparatorios, hay un rubro que tal vez podemos entender que pueden ingresar y son los referidos a los delitos preterintencionales o con resultado fortuito, que lo asumiremos al tratar de los acuerdos reparatorios en los delitos culposos.

4.6 IMPEDIMENTO DE ACUERDO POR CONCURSO DE DELITOS

El legislador ha consignado como regla que cuando existe un CONCURSO DE DELITOS, no es posible llegar a un ACUERDO REPARATORIO, dado a que se entiende que el CONCURSO supone un mayor reproche al imputado, en igual medida el CONCURSO indica mayor penalidad que inclusive podría sobrepasar a los extremos de la pena que consigna hasta el propio Principio de Oportunidad (*"que el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad"*), CONCURSO que puede afectar a bienes indisponibles. Sin embargo, el mismo legislador a la regla ya señalada, le ha fijado una excepción, si el concurso se trata de un delito de menor gravedad, entonces el acuerdo procede. Estamos pensando, por ejemplo, en un delito de lesiones culposas y fuga, el mismo que tiene varias aristas, por ejemplo si se trata de lesiones culposas leves (entre 15 a 30) y luego se da a la fuga el imputado, no podrá acogerse a un Acuerdo, pues éste último delito es mas grave con relación al primero; un ejemplo ideal puede ser, si el imputado injuria a otro, y éste reacciona, pero es lesionado intencionalmente pero con lesiones leves (no superar 30) es posible el acuerdo reparatorio; en otros casos resulta dudoso el acuerdo, veamos, si por ejemplo alguien conduciendo su vehículo ebrio causa lesiones graves (mas de 30) y se da a la fuga, resulta que sí se puede acoger a un Acuerdo, pues la fuga es de menor gravedad que las lesiones culposas. Es decir, en cada caso se debe analizar para ver si pese a existir concurso, es posible una salida alterna como el Acuerdo.

4.7 IMPEDIMENTO POR PLURALIDAD IMPORTANTE DE VÍCTIMAS

El legislador, nuevamente en el ordinal 6to del artículo 2 ha sostenido que no procede un Acuerdo, cuando *"....haya pluralidad importante de víctimas..."*; quien es el que decide cuando hay pluralidad importante de víctimas, si es en la investigación preliminar lo será el Fiscal y si es en la investigación preparatoria será el Juez a propuesta del Fiscal, pero hay problemas al respecto, pues el LEGISLADOR ha utilizado dos categorías: *"PLURALIDAD"* que se entiende cuando el número es dos o más y la otra categoría: *"IMPORTANTE"*, cuando la pluralidad es importante? Entonces, de una interpretación integral de ambas categorías, no basta pues estar ante una pluralidad, sino que ante tal pluralidad, la cantidad de víctimas debe ser importante. Si pretendiéramos interpretar positivamente ésta categoría compuesta - PLURALIDAD IMPORTANTE- en

sentido positivo no podremos saber cuando hay una pluralidad importante, pero, si lo hacemos en sentido negativo, quiere decir, que no habrá pluralidad importante cuando sean dos las víctimas de un bus que llevaba 50 pasajeros, de otro lado si un micro llevaba 4 pasajeros y se lesionan 3 habrá una pluralidad importante pues se habrían lesionado más del 50 %; éstos problemas pueden solucionarse en cada caso en concreto.

4.8 LOS ACUERDOS Y LOS BIENES JURÍDICOS DISPONIBLES

Los bienes jurídicos en materia penal, tiene un concepto bien definido, el profesor José Hurtado⁽⁵⁷⁾ señala que la noción de bien jurídico, elaborada por Birnbaum, fue introducida por Binding en la sistemática del Derecho penal y transformada por Franz Von List en tema central del mismo, el criterio de éste fue de carácter socio-jurídico; citando a Maurach y Baumann precisa que los bienes jurídicos son los "*intereses jurídicamente protegidos*" que son vitales y propios para la libre autorrealización del hombre relacionado a su entorno social, obviamente éstos bienes suponen un juicio valorativo, que también son indisponibles para los ciudadanos. En esa perspectiva, si hay bienes INDISPONIBLES debe existir también bienes DISPONIBLES, para determinar lo uno y lo otro, debemos apreciar si se trata de un bien individual o colectivo, si es individual el sujeto puede disponer el bien, si es colectivo no es posible su disposición, pues existen intereses colectivos, difusos o estatales que no permiten al individuo disponer más allá de lo que individualmente le corresponda. Por ejemplo, el legislador Venezolano, ha limitado la disponibilidad a bienes jurídicos PATRIMONIALES, con lo cual es posible un acuerdo reparatorio en casos de delitos contra el orden económico, y otros similares, situación que no es posible en nuestro país, dado a que tenemos una enumeración taxativa respecto a los delitos patrimoniales susceptibles de Acuerdos, como son el hurto, la estafa, la apropiación ilícita, los daños y otros similares y hasta el propio delito de fraude en la administración de persona jurídicas, pero no va más; hablar de bienes DISPONIBLES no ha sido un impedimento para entender que por ejemplo un homicidio CULPOSO tipo SIMPLE o base puede ser materia de un acuerdo reparatorio, situación por ejemplo, imposible en el sistema Venezolano que admite el acuerdo solo hasta las lesiones dolosas o culposas y no a las lesiones

⁽⁵⁷⁾ HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal" Parte General. Lima, 1978. p. 5.

culposas graves u homicidios culposos⁽⁵⁸⁾, nuestro país al parecer va por la primera versión del país venezolano admitiendo los Acuerdos indistintamente a todos los delitos culposos y si realizamos una interpretación auténtica del ordinal 6to del NCPP, podemos apreciar que los Acuerdos solo alcanzan a bienes jurídicos DISPONIBLES en el cual no se puede encontrar la vida, por no corresponder a un bien individual y en el cual el heredero no podría decidir sobre su resarcimiento o a un lesionado culposo grave por no ser titular de su propia integridad física, por tanto si hacemos ésta interpretación y tenemos en cuenta el derecho comparado citado; concluimos que no son bienes disponibles la vida ni la integridad física de una persona afectada gravemente, por tanto, no procedería un acuerdo reparatorio; pese a ello, en el caso peruano se están realizando acuerdos reparatorios cuando hay muerte culposa (tipo base) y lesiones culposas graves, vulnerando en nuestro criterio el Principio de la DISPONIBILIDAD DE BIENES JURÍDICOS, aunque éste es un tema de interpretación bastante discutible, que asumimos posición en el punto m) sobre la procedencia de los acuerdos reparatorios en los delitos culposos del rubro Caso de Procedencia de los Acuerdos Reparatorios, que puede apreciarse más adelante.

4.9 LEGITIMADOS EN SOLICITAR:

A diferencia del Principio de Oportunidad⁽⁵⁹⁾, el ACUERDO REPARATORIO puede ser promovido de oficio por el Fiscal, pero también se encuentran legitimados a promover y solicitarlo el imputado o la propia víctima, esto último marca la diferencia con el Principio de Oportunidad el mismo que no puede ser promovido por la víctima.

Es necesario distinguir quienes son los legitimados en solicitar la aplicación del Acuerdo, con los que van a concurrir a la Audiencia del Acuerdo a convocarse, es importante tener presente que este encuentro entre legitimados, agresor y víctima no necesariamente se va a dar en forma personal toda vez que

⁽⁵⁸⁾ El Código Procesal penal venezolano hasta el año 1999 admitía los acuerdos reparatorios para los delitos culposos sin hacer distinción alguna; a partir del año 2000, en su exposición de motivos de su COPP declara la improcedencia de los acuerdos reparatorios cuando hay lesiones culposas con resultado muerte o cuando haya lesiones culposas graves.

⁽⁵⁹⁾ El Principio de Oportunidad es convocado por el Ministerio Público de Oficio o a pedido del imputado, la víctima no está legitimada para pedir la aplicación del Principio, lo que evidentemente no excluye su concurrencia a la diligencia de aplicación del Principio.

además de las posibilidades de mediación o conciliación, el proceso puede también consistir en una negociación entre el defensor y el fiscal o el abogado de la víctima, debiendo el acuerdo ser últimamente aceptado por ambos, situación que se ha visto en la práctica con acuerdos previos o preparatorios, lo que consagra pues un Sistema Penal de Negociaciones propiamente dicho.

¿Es posible que el indiciado y/o la víctima puedan ser representados por un mandatario con facultades especiales para poder arribar a un acuerdo⁽⁶⁰⁾, pues lo que se requiere es precisamente el CONSENTIMIENTO válido de la víctima y el indiciado, y para ello no es necesario su asistencia personal, ya que esto inclusive puede evitar reencuentros no deseados entre las partes. En conclusión la legitimación en la solicitud, en la asistencia a la Audiencia y la propia aceptación del Acuerdo, deben ser PERSONALÍSIMOS, sin embargo, no necesariamente se requiere de la presencia de los sujetos procesales (indiciado y agraviado) que bien podrían ser representados para evitar desencuentros no deseados entre el ofensor y el ofendido, lo cual conforme a la doctrina⁽⁶¹⁾, es una buena práctica.

La legitimación cuando corresponde al Fiscal, ordenarlo de oficio, no basta con lo que lo disponga, es necesario que en su Disposición de invitación, también acompañe los elementos de convicción que resulten claros sobre la responsabilidad del imputado, sin embargo, ello no es una práctica entre nuestros Fiscales, pues el imputado, cree que es una simple invitación, en el cual no se cuenta con medios probatorios que lo incriminan, a lo cual se suma que su propio abogado tampoco instruye nada al respecto, generando pues una total desinformación del imputado.

2.10 CASOS DE PROCEDENCIA DE ACUERDOS REPARATORIOS:

⁽⁶⁰⁾ En el Caso No 965 - 2007 se trató de un Abogado que fue lesionado como pasajero de una Empresa, en el cual ya se había formalizado investigación preparatoria, al ser citados el indiciado y el tercero civil a la aplicación de un acuerdo reparatorio concurrieron éstos y la víctima, lo curioso de la audiencia fue que el Representante de la Empresa concurría por la persona jurídica, pero se comprometía a pagar por el indiciado que no había concurrido, el acuerdo prosperó, pese a no estar presente el indiciado, pues lo que quiere la víctima es que se pague el daño que ha sufrido, a veces no requiere ni la presencia del indiciado.

⁽⁶¹⁾ TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma. "Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora". Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia 2006 p. 362.

Los Acuerdos Reparatorios regulado por el legislador es taxativo como lo hemos mencionado, es decir, no procede en todos los delitos, sino solo en determinados delitos, tales como:

a) Art. 122° CP.: Este artículo se refiere a las **lesiones dolosas menos graves**. El Código Penal no define en qué consisten las lesiones menos graves; denominación que se asigna en razón de su menor penalidad, respecto a las previstas para las lesiones graves.

Las lesiones menos graves se pueden definir como *"cualquier daño a la salud que no esté comprendido en el Art. 121 CP (Lesiones Graves), siempre que requiera de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa"*. De ésta disposición podemos extraer que las lesiones dolosas menos graves o leves son las que requieran asistencia y/o descanso médico entre más de diez y menos de treinta días.

Un punto de discusión, es el caso que cuando una persona ha sido lesionado dolosamente con menos de diez días de asistencia o descanso médico, pero concurriendo *"....circunstancias que den gravedad o medios que den gravedad al hecho...."*(sic) conforme a la redacción del artículo 441 primer párrafo del CP, entonces, el problema encontrado es quien determina que se está ante una falta pero por la circunstancia o medios es un delito y por tanto requiere de la aplicación de un Acuerdo Reparatorio?, el Juez de Paz Letrado en ocasiones dispone su inhibitoria y remite todo lo actuado al Fiscal, quien en ocasiones también considera que se trata de una falta y no de un delito, quien es el que zanja ésta dilución, el legislador no ha previsto nada al respecto; no es posible admitir que ambos funcionarios se devuelvan mutuamente el caso; en principio considero que de existir una inhibitoria del Juez contenido en un Auto, éste puede ser apelado por el agraviado o el Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria para que dilucide el caso; pero si la inhibitoria es del Fiscal, siendo éste un órgano constitucionalmente autónomo, debería interponerse la queja para que el Fiscal Superior deslinda el caso si se trata de un delito o una falta, si considera esto último, el Juez de Paz Letrado debería quedar vinculado y por tanto avocarse al conocimiento de la falta, al estilo del artículo 346 ordinal 3ro del NCPP, pues si el titular del ejercicio de la acción penal puede solicitar el sobreseimiento de la persecución penal como titular del ejercicio de la acción punitiva, con esa misma

facultad puede incoar la iniciación de una investigación y eventual sanción, pero a cargo del órgano jurisdiccional.

Los sujetos, activo y pasivo, pueden ser cualquier persona, constituyendo un delito doloso, en donde no se admite la culpa. Se castiga con una pena privativa de la libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días multa, pena mínima y bien jurídico disponible, que hace viable la aplicación de los Acuerdos Reparatorios.

b) Art. 185° CP: Éste artículo se refiere al **hurto simple** y se produce cuando una persona, para obtener provecho se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar de donde se encuentre.

En este delito se protege el patrimonio, específicamente la posesión, en donde además del dolo se requiere de un elemento adicional subjetivo, esto es, el ánimo de lucro. Se castiga con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de tres años, ésta escasa penalidad y tratándose de un bien estrictamente patrimonial es que hay un bien jurídico de libre disposición y por tanto susceptible de ser comprendido dentro de un Acuerdo Reparatorio.

Para que una conducta encuadre en el tipo penal de hurto tipo simple, al momento de valorizar el bien afectado, éste debe tener una cuantía superior a una remuneración mínima vital, situación que debe determinarse pericialmente situación que es posible hacerlo en todos los bienes muebles, y también en los enumerados taxativamente por el legislador como son la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético o espectro radio eléctrico (indicado en el Artículo 186 inciso 6to del CP); en cuanto a los espectros mencionados, creo existe un problema, en principio no son posibles de medir cuantitativamente como aquellas energías o elementos (agua, electricidad o gas, etc.), en segundo lugar ni la propia Ley de Radio y Televisión ha precisado cual es el valor del espectro electromagnético o radioeléctrico, lo que sí puede contener un contenido patrimonial es la Concesión por la explotación de esos recursos, pero ello es diferentes como para encontrar su valor de mercado del espectro, máxime que ella al igual que el aire, por ahora no es un bien escaso, aunque podría interferirse, pero difícilmente consumirse; esto nos permite decir, que si hay un hurto por el espectro ya mencionado, sería un bien disponible? O siendo un

bien entendido como recurso y que corresponde su titularidad a una colectividad, no es un bien disponible? Este es uno de los principales problemas respecto a éste bien y que dado la incidencia del delito de hurto del espectro, no habría medida válida que permita fijar el monto de la reparación civil en el Acuerdo suscrito.

c) Art 187 CP: Hurto de Uso: Este delito es una modalidad de hurto, cuya característica es la sustracción de un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y luego devolverlo. Aquí, la pena privativa de libertad será no mayor de un año, por la pena y el bien jurídico tutelado que es el uso, estamos ante bienes disponibles que encuentran perfectamente en un Acuerdo Reparatorio.

d) Art. 189-A CP: Hurto Simple de Ganado: Este delito es una modalidad del hurto, cuya característica especial reside en que el objeto sobre el que recae la acción o conducta típica, es el ganado, sea vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido. Así, el bien jurídico tutelado es el patrimonio, específicamente la posesión del Ganado.

El Sujeto Activo puede ser cualquier persona y el sujeto pasivo la persona física o jurídica, titular del ganado. Constituye un tipo penal doloso, además de requerir de un ánimo especial, esto es el *animus lucrandi*. Aquí, la pena será privativa de libertad, no menor de uno ni mayor de tres años. Nuevamente estando ante ganados o semovientes que tienen un contenido patrimonial, es que estamos ante bienes jurídicos disponibles y por tanto el Acuerdo es perfectamente admisible; máxime si el legislador en el artículo en comento dice, "*....aunque se trate de un solo animal...*"(sic), la posición del legislador es sobrecriminalizadora en el sentido que por ejemplo en el hurto de un carnero, cuyo precio de mercado oscila en no mas de cien nuevos soles, ha visto por conveniente considerarlo delito, y no falta, posición que vulnera lo previsto por los principios de lesividad y proporcionalidad, pues estamos ante un bien de escaso valor económico.

e) Art. 190° CP: Apropiación Ilícita Común: Existe apropiación ilícita cuando el sujeto activo realiza actos de disposición o de uso determinado sobre un bien mueble que ha recibido lícitamente por un título que o le da derecho a ello. En donde el sujeto activo puede ser cualquier persona que

tenga una determinada vinculación jurídica con el sujeto pasivo, quien a su vez puede ser cualquier persona física o jurídica. En cuanto a la parte subjetiva del tipo, se trata de un delito doloso.

La pena señalada para este delito, el tipo penal describe pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; a pesar que la penalidad es relativamente alta, el criterio para ser sometido a un Acuerdo Reparatorio ha sido indudablemente, el hecho que bajo ésta modalidad de delitos solo se puede afectar a bienes muebles, por tanto ellos tienen contenido patrimonial y por ende estamos ante bienes jurídicos individuales y disponibles.

f) Art. 191° CP: Sustracción de Bien Propio: En este tipo penal, la norma protege la posesión del bien propio, en ese sentido se trata de un delito especial, pues la norma en comento precisa que es el mismo propietario quien sustrae su propio bien de quien lo tenga legítimamente en su poder (o sea el depositario), por consiguiente éste delito solo se puede dar en la prenda civil tradicional con o sin desplazamiento. Siendo un delito doloso, es indudable que el bien propio que es sustraído por su propio titular, tiene contenido penal y es un bien dentro del comercio de los hombres y por ende un bien individual perfectamente DISPONIBLE, que permite viabilizar un Acuerdo Reparatorio.

Sujeto activo es el propietario del bien mueble que deberá encontrarse privado de la posesión de su bien - es el caso típico de la prenda sin desplazamiento, no se incluye los co propietarios. Es un delito doloso. En cuanto a la pena señalada para este delito, el tipo penal describe pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

g) Art. 192° CP: Apropiación Irregular: En este delito se protege el patrimonio, específicamente la propiedad, en donde el sujeto activo puede ser cualquier persona natural; y el sujeto pasivo cualquier persona natural o jurídica. El Tipo se configura cuando el sujeto activo realiza actos de disposición o lleva a cabo actos de uso sobre un bien mueble ajeno: apropiación de un bien perdido; apropiación total o parcial de un tesoro y apropiación de un bien ajeno cuya tenencia por parte del sujeto activo se deba a error, caso fortuito o a cualquier motivo independiente de su voluntad; tratándose de un delito doloso.

La dosis y clase de pena fijada para este delito es no mayor de dos años o limitación de días libres de diez a veinte jornadas; es fundamental apreciar que

los bienes que están en discusión en el tipo objetivo, son claramente los que se encuentran en el comercio de los hombres, por tanto son bienes de libre disposición y sobre el cual es factible un acuerdo reparatorio.

h) Art. 193° CP: Apropiación de Prenda: Se protege el patrimonio, específicamente la propiedad. Siendo que, la prenda consiste en la entrega del deudor a un tercero (acreedor) de un bien mueble o crédito, como garantía del cumplimiento de una obligación contraída; y se perfecciona con la entrega del bien. El sujeto activo es el acreedor prendario y el sujeto pasivo es el deudor prendario. El comportamiento consiste en vender, apropiarse o disponer de la prenda, sin observar las formalidades legales.

Se requiere dolo y se establece una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; igualmente si la prenda es un acto jurídico accesorio sobre un bien dado en garantía del cumplimiento de una obligación principal estrictamente económica, la apropiación de esa prenda tiene carácter también económico y por tanto se trata de un bien de libre disposición para el agraviado susceptible de negociar con el imputado sobre su reparación en caso se cometa la conducta que tipifica el tipo penal ya precisado.

i) Art. 196° CP: Estafa: Se protege el patrimonio pero de manera específica la situación de disposición que tiene un sujeto sobre el bien, derechos o cualquier otro objeto, siempre que la situación tenga una protección jurídica, que tenga relevancia económica.

El delito de Estafa, es definido como el perjuicio patrimonial ajeno, causado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta induciendo o manteniendo en error al agraviado, procurándose el estafador un provecho económico para si o para un tercero.

El sujeto activo puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo del delito es la persona que sufre el perjuicio patrimonial. Es un delito que por su culpabilidad es doloso. Estableciéndose una pena de privación de la libertad, que es fijada en no menos de uno ni mayor de cuatro años.

De una interpretación sedes materiaé, se puede apreciar que el delito de estafa se encuentra dentro del Capítulo V que integra el título V sobre delitos contra el Patrimonio, indudablemente se trata de un bien de libre disposición, sobre el cual

no existe problema alguno de considerarlo dentro de un Acuerdo Reparatorio y evitar su persecución penal.

j) Art. 197° CP: Defraudación: El bien jurídico tutelado es el patrimonio. En este tipo penal se regulan cuatro modalidades o figuras a saber:

1.- Cuando se realiza por simulación de juicio o empleo de otro fraude procesal. Se daría en un proceso seguido para engañar a otra persona, por ejemplo, dos personas se ponen de acuerdo para iniciar un juicio ejecutivo para cobrar una letra -por una deuda ficticia- con el objeto específico de que un tercero no pueda recibir el monto total de la deuda real.

2.- En el segundo inciso se regula un supuesto de abuso de confianza, más que una defraudación.

3.- El tercer supuesto consiste en alterar las cuentas o condiciones del contrato. La alteración debe entenderse como una modificación de las condiciones reales del contrato estipulado entre las partes.

2. En el cuarto inciso del presente tipo penal, el comportamiento consiste en engañar, es decir, vender o gravar un bien como libre cuando no es así, ya sea por ser litigioso, estar embargado o gravado. También cuando venda, grave o arriende como propios bienes ajenos.

La pena fijada para cada uno de estos supuestos es una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento veinte días multa.

No existe mayor problema en determinar que cada uno de los supuestos de hecho que contiene los casos especiales de defraudación pueden ser materia de un acuerdo reparatorio, sin embargo en el caso contenido en el ordinal 1, se refiere que la defraudación se realiza con simulación del juicio o empleo de otro fraude procesal, acá si bien puede haber afectación a bienes jurídicos como la recta administración de la Justicia y en presencia del funcionario competente como lo es el Juez, la defraudación afecta directamente al agraviado, por cuyo extremo es factible el acuerdo reparatorio, pero en el supuesto que la defraudación también habría logrado la inducción a error (Artículo 416 del CP) en el Magistrado, habrá un concurso real heterogéneo en el cual en ambos casos la pena privativa de libertad es no mayor de 4 años, en cuyo caso existe una duda si es posible llegar a un acuerdo reparatorio, pues ambas penas llegan a 4 años, pero marca la diferencia, que en el delito de inducción a error por medio

fraudulento, el bien jurídico afectado es la recta administración de justicia, bien que no es individual, sino colectivo y por tanto indisponible, no pudiendo por tanto llegar aun Acuerdo Reparatorio.

k) Art. 198° CP: Administración Fraudulenta: El fraude en la administración de personas jurídicas consiste en el comportamiento mal intencionado de quien se aprovecha de otra u otras personas, manteniéndolas en engaño sorprendiéndolas en su honradez y buena fe. El bien Jurídico protegido es el patrimonio social, considerado como universalidad jurídica de derechos y obligaciones; esa universalidad corresponde al patrimonio, por tanto dentro del comercio de los hombres, y disponible al ser un bien individual y colectivo, pero privado al fin y al cabo, por tanto factible de llevarse adelante un Acuerdo Reparatorio.

Sujeto Activo puede ser el Fundador, Miembro del Directorio, o del Consejo de Administración de Personas Jurídicas o del Consejo de Vigilancia, Gerente, Administrador o Liquidador de una persona Jurídica. Mientras que el sujeto pasivo está constituido por la persona jurídica o un socio o un tercero. En cuanto a su forma de culpabilidad, se trata de un delito doloso; penado con pena privativa de libertad de uno a cuatro años.

l) Art. 205° CP: Daño Simple: El bien jurídico tutelado es la propiedad. Siendo el sujeto activo cualquier persona, exceptuando al propietario del bien; de lo que se desprende que el sujeto pasivo es el propietario del bien, pero no el mero poseedor, que en todo caso será un perjudicado.

El comportamiento consiste en dañar, destruir, o inutilizar un bien. Y por dañar se entiende toda disminución del valor patrimonial de un bien. Mientras que destruir significa hacer desaparecer el valor económico del bien; y, por inutilizar se tiene la acción destinada a provocar la pérdida de la capacidad del bien para ejercer la función que le corresponde, sin que exista lesión en la sustancia material capaz de ser evaluado económicamente, bien que se encuentra pues dentro del libre comercio de los hombres y por tanto un bien de libre disposición, capaz de ser sometido a un acuerdo Reparatorio. No sucede lo mismo con la propiedad intelectual, el mismo que por ejemplo puede tener un valor relativo económicamente, pero por ser parte de la creación científica, artística, histórica y cultural (bien colectivo) no es posible un acuerdo reparatorio, puesto que la ley

inclusive lo determina como un daño calificado el cual no se encuentra dentro del catálogo de delitos susceptibles de ser sometido a un Acuerdo Reparatorio, aunque en ocasiones en la práctica, los denunciados por delitos contra la propiedad intelectual al haber sido denunciados por delitos contra los derechos de autor por ante la Fiscalía de Huaura, se han sometido a acuerdos reparatorios dando por concluido la investigación preliminar que se había aperturado; eso prueba que los delitos contra la propiedad intelectual, dependiendo del caso en concreto no están excluidos de los acuerdos reparatorios.

Es un delito que requiere necesariamente el dolo y la pena fijada para este delito es de privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa.

II) Art. 215 CP: Libramiento indebido: Este tipo penal ha sido modificado mediante ley N° 27287, Ley de Títulos Valores del 19 de Junio del año 2000, modificando su nomenclatura, siendo la actual la de: *Libramiento y Cobro Indebido*. En este delito el sujeto activo, en términos generales, será el que gire un Cheque, transfiere o cobre un cheque en los siguientes casos:

1.- Cuando el sujeto activo cobre un cheque sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente. Tenemos dos supuestos a saber:

- 1.1) Cuando el sujeto gira un cheque conociendo que carece de fondos suficientes para cubrir el monto por el cual lo ha librado.
- 1.2) Cuando el supuesto es doble, por un lado el conocimiento objetivo de que se carece de fondos suficientes en la cuenta para cubrir el sobre giro, y por el otro lado, la existencia de una autorización bancaria para aceptar el sobre giro y cobrar el monto necesario.

2.- Frustra maliciosamente por cualquier medio su pago: En este caso el sujeto dispone de los fondos necesarios para hacer frente el pago, pero una vez que libra el Cheque procede, con posterioridad, a cancelar la orden de pago en el Banco, sin que para ello concurra ninguna causa que lo justifique.

3.- Cuando gire a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente. En este caso el sujeto emite un Cheque con conocimiento previo de que, en el momento preciso del cobro, no están los fondos a disposición del sujeto.

4.- Cuando revoque el cheque durante su plazo legal de presentación a cobro, por causa falsa. Aquí el sujeto dispone de los fondos necesarios, pero

durante el plazo legal de presentación a cobro, revoca el Cheque, basado en una causa falsa, de esa manera impide el cobro del Cheque.

5.- Cuando utiliza cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas; o modifica sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o de cualquier otro requisito formal del Cheque.

6.- Cuando lo endosa a sabiendas que no tiene provisión de fondos. En este caso el sujeto activo será el que endosa, que puede o no coincidir con el titular de la cuenta. En cuanto a no tener provisión de fondos, es no contar con los fondos suficientes para el pago.

Finalmente en los casos de los incisos 1 y 6 se requiere del protesto o de la constancia expresa consignada, por el Banco girado, en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago.

El último párrafo del Art. 215° prevé, como llaman algunos doctrinarios, una excepción legal absolutoria, a través de la cual no procederá acción penal si el agente abona el monto total del Cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se cruza al girador. Se exceptúan de este párrafo los incisos 4 y 5. El Sujeto pasivo es la colectividad en este delito. La pena prevista para estos supuestos, es privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de cinco años.

Es de extrañar, que el legislador ha consignado como impedimento para llegar a un Acuerdo Reparatorio, que se trata de un bien INDISPONIBLE, y se entiende que ello existe, cuando el bien corresponde a una colectividad, o hay un interés público en protegerlo o se trate de un interés difuso y por ende no corresponde a una individualidad, ni a un interés privado; si hacemos una interpretación sedes materiaé - por ubicación de la norma - tenemos que el delito de libramiento indebido se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título VI de los delitos se refieren a la Confianza y la Buena fe en los Negocios, por tanto el bien jurídico tutelado no es uno individual, sino uno colectivo, es decir la confianza y buena fe que debe proveer el Estado a todos los que se insertan en relaciones patrimoniales y de negocio, no es tanto el criterio económico el protegido, sino es

la confianza y buena fe del cual es depositario el Estado⁽⁶²⁾, sin embargo, el legislador ha visto por conveniente considerar como un hecho punible en el cual es posible un Acuerdo Reparatorio y entendemos la motivación del legislador por el hecho que en el fondo se debate, es el pago de cantidades susceptibles de ser negociadas y por tanto disponibles.

m) Delitos culposos: En estos casos es evidente que el autor o agente no exhibe una conducta dolosa, ni proclive a la delincuencia, sino que por azares del destino, unido a su negligente actuación, aparece como autor de un ilícito. La norma contenida en el ordinal 6to del artículo 2 del NCPP, nos remite a los casos de delitos culposos al decir: "... y en los delitos culposos."(sic), esa enunciación parece ser bien amplia y en consecuencia comprendería a todos los delitos culposos al no hacer distinción alguna, por tanto, parece ser posible hacer una interpretación extensiva a todos los delitos culposos dado a que es una regla de hermenéutica que "*no debemos distinguir donde la ley no distingue*" en consecuencia bajo ésta óptica parecería que es posible realizar un acuerdo reparatorio con funcionarios o servidores públicos que han cometido delitos culposos?

Una interpretación correcta de la norma permite concluir que no es posible un semejante acuerdo con un funcionario, dado a que el acuerdo para estos casos no está basado en la falta de merecimiento de la pena o falta de necesidad de la pena, sino que la prohibición está contenida en el literal b) del ordinal 1° del Artículo 2° del NCPP, esto es que no se puede celebrar un Criterio de Oportunidad (ó acuerdo reparatorio) por existir grave afectación del interés público, por tratarse de funcionarios públicos que han actuado en el ejercicio de sus funciones y porque no estamos ante bienes de libre disposición, sino al contrario son bienes indisponibles, como la salud, el medio ambiente, la seguridad y la correcta Administración de Justicia, que corresponde a una colectividad y por tanto indisponible; máxime que la norma en forma expresa admite un acuerdo reparatorio cuando se trate de bienes disponibles; por consiguiente con una interpretación "*a contrario sensu*" no cabrá un acuerdo reparatorio cuando hay un bien jurídico indisponible. Y finalmente podemos agregar, **la regla** en la persecución de los delitos, es que debe imperar el Principio

⁽⁶²⁾ PEÑA CABRERA, Raúl. "Trato de Derecho Penal". Parte Especial II. Ediciones Jurídicas. Lima 1993. p. 482

de Legalidad, sin embargo, por razones de política criminal se ha creado el Principio de Oportunidad, éste es la **excepción a la regla**, el legislador, precisa que delitos o bajo que criterios tasados, algunos delitos pueden ser sometidos a criterios de oportunidad; por consiguiente, extender ese catálogo de excepción a delitos en los cuales está prohibido invitar a dichos criterios en forma expresa, como son las categorías de "*bienes indisponibles*" o de "*funcionarios o servidores públicos*", por consiguiente una norma de hermenéutica, es que las normas de excepción o que restringen derechos no se puede interpretar extensivamente o por analogía⁷; sin embargo, en el ámbito procesal penal la situación es muy especial, pues se da un régimen de protección al imputado, por tanto la interpretación extensiva de una norma de excepción si es posible si es que ella favorece la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos⁽⁶³⁾, así lo consagra in fine del ordinal 3ro del artículo VII del TP del CPP; éste tema resulta espinoso por los criterios de interpretación que se manejan, en todo caso será la jurisprudencia "*fiscal*" o judicial la que determine la forma correcta de interpretación; tomando partida por uno u otro caso, pienso que un Acuerdo Reparatorio que viole un bien indisponible y que corresponde a una colectividad o protege un interés difuso o cautela un interés público preponderante y se haya violado gravemente, no procederá un Criterio de Oportunidad, independiente si se trata o no de un funcionario público.

Desde éstos últimos criterios enunciados, aprecio que NO es posible un ACUERDO REPARATORIO, entre el procurador público y el inculpado (servidor o funcionario público) por ejemplo para el caso de delito de omisión de deberes de funcionarios públicos conforme al artículo 229°; caso de espionaje culposo cometido por funcionario público del Artículo 331° segundo párrafo; caso de atentado contra evidencia en el proceso si es cometido por servidor público (secretario o auxiliar jurisdiccional o fiscal) contenido en el artículo 372° segundo párrafo; caso de fuga por culpa si es cometida por el servidor público conforme al Artículo 414 tercer párrafo; atentados contra los medios de transportes, comunicación y otros servicios públicos cuando hayan intervenido funcionarios o servidores públicos, con arreglo a lo previsto por el artículo 282; delitos de

⁽⁶³⁾ El Artículo IV del TP del C.C. dice textualmente: "*La Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía*".

contaminación y propagación culposos en los que hayan intervenido funcionarios o servidores públicos con arreglo a lo dispuesto por el artículo 286, segundo párrafo, 292 y 295; caso de delitos ambientales, cuando de por medio hay informes emitidos por funcionarios o servidores públicos que den lugar al tipo penal contenido en el artículo 304, segundo párrafo del Código Penal, entre otros.

Los Acuerdos Reparatorios, también, no proceden cuando hay pluralidad importante de víctimas, lo que quiere decir, que no se trata de cualquier pluralidad, sino de una pluralidad importante de víctimas, cabe entonces preguntarse, cuando hay una pluralidad importante de víctimas? Dependerá en cada caso y queda a discreción del Fiscal determinar cuando estamos frente a una pluralidad importante de víctimas en el cual ya no es posible llevar adelante un Acuerdo Reparatorio, por ejemplo si en un ómnibus viajan 50 pasajeros y se lesionan culposamente 5 será posible el acuerdo considerado el número de ilesos que es la inmensa mayoría, será posible un acuerdo reparatorio, cuando en un vehículo menor viajan tres y son lesionados dos, estaremos ante una pluralidad importante considerando que se han lesionado mas de la mitad de sus ocupantes por no tener el deber objetivo de cuidado específico el respectivo chofer, considero que es un tema por desarrollar tomando en cuenta el caso en concreto, por consiguiente hablar de *"pluralidad importante de víctimas"* no es una categoría pacífica, sino dependerá en cada caso que se presente y como resuelven los órganos fiscal o judicial.

Casos de Improcedencia.- Finalmente, el legislador precisa que cuando hay concurso con otro delito no es posible un Acuerdo, pero será posible si hay concurso de delitos, cuando el bien afectado sea de menor gravedad; me parece que el Artículo 124° del Código Penal, relata muchos temas discutibles, pese a que a simple vista, siendo un delito culposo, es posible un Acuerdo Reparatorios y punto. Pero, los problemas hermeneúticos salta a la vista, dado a que existen varios sub tipos: por ejemplo, el segundo párrafo ab initio, admite un Acuerdo Reparatorio si el delito de lesiones culposas fue producto de la inobservancia de las reglas de profesión, ocupación o industria siempre que no haya una pluralidad importante de víctimas; en el mismo segundo párrafo in fine, en el supuesto ya expresado, pero, si hay una pluralidad importante de víctimas, el acuerdo no procederá por mandato del ordinal 6to del Artículo 2 del NCPP; el

tercer párrafo de la norma penal sustantiva, nos relata otro supuesto, si el sujeto activo del delito estuvo bebiendo licor, y procede a conducir su vehículo ya ha cometido un delito de peligro común, pero luego, conduciendo éste atropella y causa lesiones culposas graves, no podrá existir Acuerdo Reparatorio, porque ambos bienes son indisponibles y la norma del ordinal 6to del NCPP, solo admite aquel acuerdo cuando hay bienes disponibles; aún si el delito de lesiones sea leve no podrá haber Acuerdo Reparatorio, en función a que el bien afectado - la Seguridad Pública - por la conducción en estado de ebriedad es indisponible⁽⁶⁴⁾, sobre el cual la norma no admite el acuerdo conforme al ordinal 6to in fine, interpretado "*a contrario sensu*". La situación sobre el homicidio culposo no es tan diferente, si se trata de un homicidio culposo tipo simple ya hemos tomado partido que sí procede un acuerdo reparatorio, pese a la discusión si la muerte es un bien disponible o no, pero se viene realizando Acuerdos Reparatorios en forma constante; el problema surge en todos los sub tipos penales contenidos en el segundo y tercer párrafo el tipo penal del 111, en el cual considero que no proceden los Acuerdos Reparatorios por la presencia de bienes jurídicos indisponibles y por la presencia de varias víctimas, en uno y otro caso hay concurso con un bien indisponible y de mayor valor que es la vida humana.

2.11 REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN:

Dependiendo de la etapa en que se formaliza el Acuerdo Reparatorio, será el Fiscal quien en la etapa de la Investigación Preliminar y el Juez en la etapa de la Investigación Preparatoria, los llamados a verificar que quienes concurren al acuerdo (víctima e indiciado) hayan prestado su consentimiento en forma libre, con pleno conocimiento de sus derechos vigente y de los que renuncian, así como que efectivamente están ante la presencia de un hecho punible. Es conveniente que el agraviado concorra con su Abogado de elección o con el Abogado de víctimas y testigos que tiene la Fiscalía y el indiciado concorra con su abogado de elección o defensor de oficio, pues será el CONSENTIMIENTO de ambos el que generará un ACUERDO jurídico de tal magnitud que permita al Fiscal

⁽⁶⁴⁾ Los grados de alcoholemia, por ejemplo los fija el legislador, sin admitir pacto en contrario; al respecto a introducido un sistema diferenciados, para el servicio particular se exige que el alcohol en la sangre sea superior a 0.5 gramos-litro, pero para el caso del transporte público basta que sea superior a 0.25 gramos-litro, conforme a la modificación introducida por la Ley No 29439.

abstenerse de ejercitar la acción penal. El CONSENTIMIENTO del indiciado debe ser libre y bien informado, se requiere del reconocimiento por parte del autor, de los hechos materia de la imputación, así como también, de su reconocimiento de haber cometido un hecho que ha causado un daño o perjuicio a una víctima real y concreta y estar dispuesto a reparar; por eso no debemos olvidar que éste consentimiento es el único que sustenta al acuerdo, en el cual renuncia a sus derechos a la presunción de inocencia, de controvertir la prueba, de motivación de resoluciones, de juicio oral, público y previo admite "*responsabilidad*" para someterse a un Acuerdo Reparatorio en el cual no debe existir algún interés jurídico prevalente, ni estar ante un funcionario público que haga que éste Acuerdo sea socialmente perjudicial. Si bien el consentimiento debe ser directo, es posible que en ocasiones, con mandatario debidamente facultado y con poder especial, pueda negociar aquel por el mandante o indiciado, y es que en el fondo no se requiere en algunos casos la presencia del mismo sujeto activo del delito, pues de exigir ello, en muchas ocasiones puede quebrar la audiencia de formalización del Acuerdo reparatorio con evidente perjuicio del agraviado.

El CONSENTIMIENTO del agraviado también debe recibirse, pues como titular del bien jurídico ofendido debe dar su pleno y libre consentimiento, habida cuenta que se va a negociar sobre un bien que se encuentra dentro de su esfera de libre disposición, pues si apreciamos con cuidado en todos los delitos en que proceden los acuerdos, todos son los que la víctima puede disponer jurídicamente (salvo el derecho a la vida obviamente).

Presencia de un HECHO PUNIBLE los Acuerdos Reparatorios solo son válidos en la medida que se haya suscrito sobre la base de un hecho punible, es decir, de una conducta que conforme a nuestro ordenamiento penal resulta que el hecho es punible y se espera como resultado una sanción; si es que no hay un hecho punible simplemente no podrá existir un Acuerdo válido, el profesor Hurtado Pozo, siguiendo a la doctrina alemana que admite la Teoría de la Diferenciación⁽⁶⁵⁾, distingue el acuerdo del consentimiento. Se incluyen en el **Acuerdo** (*Einverständnis*) todos aquellos delitos que se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio, en éste caso, la voluntad sería de "orden natural" y no la que se requiere para que se dé el consentimiento. Por

⁽⁶⁵⁾ JESCHECK, Hans. Tratado Derecho Penal Parte General, 4ta edición Editorial Gómeares, Granada, 1993, p. 334 y siguientes.

ejemplo, el hurto implica ruptura de la posesión; es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad de su propietario. Si éste niño de siete años de edad con discernimiento, regala uno de sus bienes muebles o autoriza a un tercero para que se lo apropie no se realiza el tipo legal previsto en el artículo 185. La Violación de domicilio (art. 159) supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular: Todos estos actos, debido al acuerdo del titular del bien jurídico, no son conformes a los tipos legales correspondientes porque el bien no ha sido perjudicado. Debido a que el titular está de acuerdo con la acción, ésta se convierte en un "proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado". En el **Consentimiento** (*Einwilligung*) propiamente dicho, por el contrario y conforme a la concepción mayoritaria, concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y sólo sería una causa de justificación si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de voluntad sea válida. Este criterio supone que el acto realizado es conforme al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (Artículo 205) o lesiona una persona (Art. 121). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. De modo que obrar con la conformidad del afectado no constituye en este caso un proceso normal de la vida social, sino que se trata de un daño que, a pesar de ser bastante doloroso, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por cualquier razón. El fundamento invocado, con frecuencia, es el derecho a la autodeterminación (en tanto que derecho consuetudinario) o a la libertad personal consagrada por la Constitución. Pese, a que el profesor Hurtado Pozo sostiene que es difícil e inconveniente establecer condiciones distintas para el Acuerdo y el Consentimiento, por tanto, la determinación de las condiciones relativas a las dos circunstancias, y por lo tanto, a la exclusión de la tipicidad, supone considerar tanto la naturaleza del bien jurídico atacado como el comportamiento del agente; el fundamento pues del CONSENTIMIENTO se deduce con claridad que sólo concierne a los bienes jurídicos INDIVIDUALES; es decir, a los bienes relativos a la misma persona de quien consiente y por tanto disponibles. En efecto, si la doctrina nacional e internacional, admite que si de por medio un Acuerdo excluye la tipicidad del delito y un Consentimiento constituyen causa de justificación y en ambos casos, es porque el BIEN JURÍDICO ES DISPONIBLE AL SER PERSONAL, y no permite una adecuada vigencia del

Principio de Legalidad; como es que **"ex post"** podemos exigir que siga vigente el Principio de Legalidad, si por el CONSENTIMIENTO del imputado y la víctima se puede subsanar el daño? Ergo, el CONSENTIMIENTO "ex post" al hecho punible, sirve para extinguir el delito, pero el CONSENTIMIENTO (o ACUERDO) "ex ante" puede servir para sostener que el delito está justificado o ha quedado excluido del tipo penal. Hacemos por tanto, una apreciación muy personal, si el consentimiento a la lesión del titular del bien jurídico conduce a la desaparición de la lesividad del comportamiento, e incluso en ocasiones a la propia acción delictiva tipificada, en nuestro caso por ejemplo el artículo 20° ordinal 10° del Código Penal, que precisa que están exentos de responsabilidad penal quienes actúan con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición, si esto es así como es que no se podría permitir a la víctima llegar a un acuerdo reparatorio sobre un bien jurídico suyo y disponible que fue afectado?, por eso el sustento jurídico de un acuerdo reparatorio para la víctima se encuentra en la disponibilidad del bien jurídico, tal como lo hace notar la parte final del ordinal 6to del Artículo 2° del NCPP, allí radica parte de su naturaleza. Presencia de un FUNCIONARIO AUTORIZADO, si es en sede de la investigación preliminar el funcionario que lleva adelante la mayoría de los casos de un Acuerdo Reparatorio es un FISCAL y si es en sede de la Investigación Preparatoria es un JUEZ, ambos tienen la obligación de verificar en principio que se está frente a un delito, en segundo lugar que se está frente a un delito que se encuentra dentro del catálogo de poder suscribir un Acuerdo Reparatorio, en tercer lugar tendrá que apreciar que se cuenta con el consentimiento del indiciado, la renuncia a sus derechos fundamentales y la aceptación en la comisión del delito y su voluntad de reparar. La presencia de ambos funcionarios en las etapas ya mencionadas es fundamental en ausencia de la víctima, pues ellos tendrán que determinar una reparación adecuada al agraviado, el plazo, el monto, las cláusulas para su debido cumplimiento y el eventual cierre de la persecución penal. Por ejemplo, se desnaturaliza un Acuerdo en el cual el Fiscal impone un acuerdo reparatorio, situación que violentaría la esencial fundamental de los Acuerdos Reparatorios de ser consensuadas, pero, la norma contenida en el artículo 2° ordinal 6°, párrafo 2° in fine del NCPP, menciona que el Fiscal puede promover de oficio un acuerdo reparatorio, y en la parte final de la norma ya mencionada dice: *"Rige en lo pertinente el numeral 3)"* es una norma de remisión que nos envía al Principio de Oportunidad en el cual el Fiscal puede

determinar el monto de la reparación civil que corresponda en caso de inasistencia del agraviado y la otra facultad es, que si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación el Fiscal lo fija sin que pueda exceder de nueve meses. Fijar un monto ya es un exceso que puede perjudicar al agraviado, por lo que el Fiscal debe agotar sus esfuerzos para hacer concurrir al interesado y juntos proponer el monto adecuado. En cambio, si entre el agraviado y el inculcado ya se han puesto de acuerdo en el monto de la reparación, pero no en el plazo, bien puede el Fiscal o el Juez zanjar la discusión fijando un plazo en el pago de la reparación cuando se va a realizar en cuotas que como dice la norma no pueden exceder de nueve, hay que tomar en cuenta que es una limitación legal para el funcionario público; pero no para las partes, quienes de acuerdo a sus intereses, pueden ellos, fijar un plazo distinto sin que se afecte el acuerdo reparatorio al cual ellos mismos han llegado. Finalmente, hay un problema, que pasa si el inculcado y el agraviado, en cualquiera de las etapas suscriben un acuerdo reparatorio sea en documento privado con firma legalizada o por Escritura Pública ante Notario, el Fiscal y el Juez solo estarán vinculados a dictar la Abstención del Ejercicio de la Acción penal y el sobreseimiento respectivamente? O ambos funcionarios Juez y Fiscal podrán realizar acciones de control en principio si hay un hecho punible y si la voluntad del imputado y del agraviado son libres? Estimo, que si en el Despacho del Fiscal se le puso un documento (privado legalizado o Escritura Pública) para que dicte la disposición de abstención, sin que exista delito o sea manifiesta la ausencia de libertad en el consentimiento de la víctima o agraviado, deberá rechazar el Acuerdo Reparatorio, y lo mismo debe realizar el Juez a su turno, habida cuenta que ambos son defensores de la legalidad, cualquier acuerdo no puede ser suscrito como ACUERDO REPARATORIO, pues solo los que tienen naturaleza penal son los admisibles; caso contrario podríamos estar dando pié a acciones delictivas, a la ocultación de verdaderos autores del ilícito penal o que tienda a torcer la correcta Administración de Justicia; en conclusión dichos funcionarios al aprobar no son "*convidados de piedra*" sino que tienen que realizar el test de legalidad del propio ACUERDO.

2.12 ETAPA PROCESAL EN QUE SE APLICAN:

EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.- De una interpretación "sedes materiae" -interpretación por ubicación de la norma - los acuerdos reparatorios se aplican en dos fases de la etapa procesal investigación preliminar y la investigación preparatoria propiamente dicha, pues, cuando en el segundo párrafo del Artículo 2, ordinal 6to dice: *"El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio"*, el legislador reconoce al Fiscal como el primer funcionario llamado en aplicar el Acuerdo Reparatorio y evitar el juicio oral, por consiguiente la etapa de la investigación preliminar está diseñada para albergar al proceso que habilita al Acuerdo Reparatorio, no debemos olvidar que siendo ésta la primera etapa del proceso, su finalidad es la de indagar la comisión del hecho punible, y sus probables autores y partícipes, por tanto, contando con el indiciado y el agraviado es posible terminar el conflicto penal en tal etapa sin llegar siquiera a promover el ejercicio de la acción penal.

EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.- La expresión consignada en el ordinal 7mo del artículo 2 del NCPP cuando señala que *"Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar el auto de sobreseimiento"*, se reconoce que en la etapa de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la Acusación, también se puede viabilizar el proceso del Acuerdo Reparatorio, evitando de esa manera la promoción de la acción penal; solo que la Audiencia ya no será controlada por el Fiscal, sino por el Juez, quien asumiendo los extremos del acuerdo deberá dictar un auto de sobreseimiento, quien podría, inclusive, imponer las reglas de conducta a que alude el ordinal 7 del artículo 2º del NCPP.

EN LA ETAPA INTERMEDIA.- Si un proceso a llegado hasta la etapa intermedia ya no es posible su aplicación por disposición expresa en contrario señalado en el primer párrafo del ordinal 7 del Artículo 2, cuando dice: *"hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos establecidos."* Empero, que pasaría si el acusado ya ha llegado a la etapa intermedia, donde debe cumplirse el control de la Acusación, y el acusado en el ejercicio de sus objeciones contra aquella, presenta una Escritura Pública en el cual ha resarcido el daño a

satisfacción completa de su víctima, tendríamos que continuar con el control de la acusación y eventualmente con el juicio oral, con la subsecuente incertidumbre de su resultado, el costo social y el costo por el proceso incoado hasta el final o simple y llanamente ya no sería posible aplicar un Criterio de Oportunidad?⁽⁶⁶⁾, considero que existiendo acusación y habiendo precluido las etapas donde se podía promover un criterio de oportunidad, estando a que no se han afectado bienes jurídicos indisponibles, habiéndose satisfecho la reparación a satisfacción del agraviado, no tiene sentido con continuar con aplicar el Principio de Legalidad, es decir, continuar hasta llegar al juicio oral y allí deslindar responsabilidades, probablemente inclusive el inculpado puede hasta haber pagado un monto dinerario superior a lo solicitado en la Acusación; ante ello podría declararse fundada la objeción planteada e inclusive el Juez puede decretar el SOBRESEIMIENTO del proceso, la gran pregunta es en que supuesto normativo puede sustentar el sobreseimiento si tenemos las causales taxativas contenidas en el Artículo 344 ordinal 2do del NCPP? Considero que la única que podría acercarse como fundamento para disponer el sobreseimiento es el literal c), esto es considerar que *"La Acción Penal se ha extinguido"*. En términos normales, si se llega a un acuerdo reparatorio, en el cual ambos convienen e inclusive se cumple cabalmente con sus extremos, la ley en el segundo párrafo del ordinal 6to del Artículo 2 del NCPP, señala que *"...el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal."*, esa abstención es eterna o temporal? No existe una norma que nos indique cual es la vigencia de esa abstención, por lo que ante tal vacío normativo, por técnicas de hermenéutica solo tenemos que aplicar una norma que regula otra institución similar, la única más cercana, es el ordinal 4to del Artículo 2 del Código en comento, que regula a la abstención dictada para el Principio de Oportunidad, determinando que la disposición dictada impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover una denuncia que contenga los mismos hechos; el legislador sin decir, nos está diciendo que en el Acuerdo debe contener un hecho, imputable a un sujeto y un fundamento jurídico que comprenda al Acuerdo; que pasaría entonces, si alguien quiere promover o procesar, una investigación preliminar o preparatoria por el mismo hecho, contra el mismo sujeto

⁽⁶⁶⁾ Los Venezolanos que tienen una experiencia mayor que la nuestra, cuyo Código ha regulado el Acuerdo Reparatorio hace ya más de una década, en los artículos 42 y 43 del Código Orgánico Procesal Penal, prevén que el acusado debe ser sujeto a un régimen de aprobación con la medida de suspensión condicional del proceso.

y por el mismo fundamento? La respuesta salta a la vista, nadie puede ser procesado o expuesto a doble peligro, se está consagrando la garantía del **"ne bis in ídem"** para quien ha terminado su conflicto penal por un Acuerdo Reparatorio; por consiguiente hay que entender fundadamente que la Acción Penal se ha extinguido definitivamente; este sería pues el fundamento jurídico para aceptar un Acuerdo Reparatorio en la Etapa Intermedia. En el Distrito Judicial de Huaura, hemos realizado y admitido Acuerdos Reparatorios en la etapa intermedia, sin mayores disquisiciones jurídicas como las planteadas, pero que deben ser explicadas cabalmente y jurídicamente, para un mejor entendimiento de la institución. Lo que si es evidente, es que el imputado ha sido reacio a someterse a un Acuerdo Reparatorio (o a cumplirlo) y recién lo hace en la Etapa Intermedia, luego de haber hecho activar toda la maquinaria del Poder Judicial y haciendo incurrir en mayores gastos al Estado; ante ello debe pensarse en aplicar algún castigo, por ejemplo la imposición de costas que lo vamos a desarrollar en el siguiente Ítem.

EN LA ETAPA DEL JUZGAMIENTO.- En esta fase procesal la respuesta es más discutible. Supongamos, que el imputado fue acusado y fue citado para la Audiencia de Juzgamiento, por un delito comprendido en la lista de los que se pueden someter a un Acuerdo Reparatorio; y en efecto el acusado y el agraviado han suscrito un acuerdo reparatorio contenido en una Escritura Pública en el cual han fijado una reparación civil de S/.5,000.00, el Juez al iniciar el juicio observa que el acusado acepta los cargos y la reparación civil, pero resulta que la Acusación había consignado una reparación civil de solo S/. 1,000.00; entonces cual sería el accionar jurisdiccional? Si van por una Conclusión Anticipada en Juicio, el Juez tendrá que aceptar la pena consignada en la Acusación y también lo mismo se puede decir de la reparación, máxime que lo solicitado por el Fiscal es cuatro veces menor que lo fijado en el Acuerdo que contiene la Escritura Pública, es válido condenar, a quien acepta cargos, a quien pagó la reparación civil a satisfacción de la víctima y existe un derecho disponible? Considero, que no aceptar el Acuerdo Reparatorio a nivel del juicio oral será perjudicial para el acusado y el agraviado, al contrario debería aceptarse el Acuerdo Reparatorio a nivel del juicio e inaplicar la Conclusión Anticipada en Juicio; inclusive de ésta forma se estaría realizando una *"interpretación extensiva"* de la norma contenida en el ordinal 7mo del artículo 2

del NCPP, que limita la aplicación del Acuerdo Reparatorio hasta antes de la Acusación, extensión que es válida a tenor de lo dispuesto por el Artículo VII ordinal 3ro in fine del Código en comento (posición que no es jalada de los cabellos, si consideramos por ejemplo que la Mediación como medio alternativo reconocido por el Código de Procedimientos Penales de Colombia, admite su aplicación hasta antes del Juicio Oral, en efecto el artículo 524 señala: *"Procedencia. La mediación procede desde la formulación de la imputación y **hasta antes del inicio del juicio oral** para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa".*). Nuevamente, salta a la vista la aseveración que ésta clase de acusados, solo se habrá valido de la institución del Acuerdo para evitar su Condena, en cuyo caso deberá imponerse el pago de las COSTAS⁽⁶⁷⁾, lo cual constituiría una especie de castigo procesal, a quien no admite una salida alterna al proceso, en sus etapas iniciales (investigación preliminar o preparatoria) y permitiría un incremento de procesos que se someten a salidas alternas al proceso y juicio oral, con tal accionar legislativo, se estaría incentivando la utilización de aquellas salidas y propiciando una cultura jurídica de negociación en el ámbito penal, conforme al Nuevo Sistema Procesal Penal Peruano.

La otra posibilidad, es admitir el Acuerdo Reparatorio, y entenderlo como una admisión de cargos y reparación civil, quedando por definir la pena y por ende estaremos ante una sentencia de conformidad, lo que habilitará al Juzgador a disponer por ejemplo la exención de la condena o una reserva del fallo condenatorio, que serían modalidad de pena menos intensa que la propia pena suspensiva; en todos éstos casos señalados, el Juzgador estará obligado a condenar al sentenciado al pago de costas, dado a que su resistencia a la salida alterna en su debida oportunidad, y que solo ha generado mayores gastos su obstinación jurídica a someterse a un Criterio de Oportunidad.

⁽⁶⁷⁾ A pesar del texto expreso y claro contenido en el artículo 497 ordinal 5to del NCPP; estos beneficios han sido dictados a favor de quien utiliza una salida rápida y alterna al juicio oral.

2.13 REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS ACUERDOS:

Se entiende, por lo sostenido arriba, que los acuerdos reparatorios constituyen no solo una causal de extinción de la acción penal, sino también, una forma de tratamiento de la Responsabilidad civil proveniente del hecho ilícito, debe apreciarse ciertos requisitos de validez de los Acuerdos Reparatorios.

Aún cuando el acuerdo reparatorio es un convenio judicialmente aprobado en una etapa procesal penal, denominada PRELIMINAR, entre el indiciado y la víctima o víctimas del delito juzgado, por el cual el primero se compromete a satisfacer la responsabilidad civil proveniente de dicho delito, vale decir, que el imputado se obliga a pagar los daños materiales y morales, y los perjuicios que su acción delictiva haya acarreado.

Son requisitos de validez, los siguientes:

1.- CONSENTIMIENTO.- Del imputado y la víctima, en el sentido que el Fiscal siendo defensor de la legalidad, está obligado a conocer y examinar cualquier alegato que se funde en los extremos del acuerdo para que no colisione con normas imperativas, prohibitivas o de orden público del Código Civil, en cuanto sean aplicables, de modo tal que el Fiscal⁽⁶⁸⁾ no es un convidado de piedra, ya que pudiera existir intereses colectivos o sociales o difusos lesionados con dichos acuerdos.

En el fondo un acuerdo reparatorio no es un contrato civil, pues no se asienta fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de los pactantes, sino, por el contrario, el CONSENTIMIENTO que se requiere en aquel, es el estado de constricción en que se haya la persona del imputado por el presagio de punición que el proceso penal entraña; aún con ello tal CONSENTIMIENTO debe ser libre no forzado y responsable frente al daño causado; por consiguiente tal CONSENTIMIENTO, siendo un hecho subsiguiente al DELITO, EXTINGUE la relación jurídica, creada por un **hecho ilícito** VOLUNTARIAMENTE ejecutado por el imputado, pero, soportado involuntariamente por la víctima; existe una Manifestación de Voluntad, pero no un Negocio Jurídico, así es el delito lo que

⁽⁶⁸⁾ Y a su turno el Juez de la Investigación Preparatoria, cuando el Acuerdo Reparatorio se realiza en la etapa de la investigación preparatoria y aún en la etapa intermedia.

sustenta al Acuerdo Reparatorio, no hay otra justificación pues nadie está autorizado para hacer un uso indebido y exorbitante de ésta peculiar institución.

2.- AUTOR O PARTICIPE DE UN HECHO PUNIBLE.- Que, se haya individualizado al presunto autor o partícipe, para comprenderlo dentro de un acuerdo reparatorio; esto es importante, pues la reparación no puede ser igual para un autor o un cómplice secundario; entre otros; el daño tiene que se graduado conforme a la participación delictiva.

3.- EXISTENCIA DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN.- El Fiscal o el Juez deben siempre comprobar, que respecto al indiciado concurren efectivamente los elementos de convicción mínimos que permitan considerar la existencia de una “*causa probable*” y que por tanto, el sujeto se encuentra incurso en el delito que se investiga preliminarmente, porque de lo contrario estaríamos convalidando el hecho injusto de la extorsión disfrazada de convencimiento que el Fiscal finalmente aprueba. Este punto, puede evaluarse en cada caso, pues, es posible la ausencia de elementos de convicción y existir solo la imputación que haga el agraviado y la aceptación que realiza voluntariamente el indiciado, debe el Fiscal y el Juez admitir el Acuerdo Reparatorio, si no hay interés prevalente de tercero o ocultación de un acto fraudulento o burla a normas de orden público, el Acuerdo debe aceptarse con éstos mínimos elementos de convicción y dar preferencia al aforismo: “*A confesión de parte relevo de prueba*”.

4.- FORMALIDAD DEL ACUERDO REPARATORIO.- Esto nos obliga a repensar que cuando existe un Acuerdo Reparatorio (y también un Principio de Oportunidad) puede realizarse de tres formas. La primera por acta por ante el Fiscal, en cuyo caso se requiere la presencia de indiciado y del agraviado, cuando no del tercero civilmente responsables en los casos pertinentes; la segunda posibilidad, es hacerlo por documento privado legalizado notarialmente, no entendemos como el legislador haya podido incurrir en serio error, porque ha exigido la legalización de la firma? Si precisamente la transacción - que es a lo que mas o menos equivale un Acuerdo Reparatorio - no requiere de firma legalizada conforme lo preceptúa el Artículo 1304 del C.C., la forma escrita es la formalidad que no necesita la legalización de las firmas, en todo caso esa exigencia consignada por el legislador no es compatible con el ordinal 1 del artículo I del Título Preliminar del NCPP. Finalmente, y la tercera, es posible que el Acuerdo Reparatorio sea presentado en instrumento público como puede ser una Escritura Pública, en éste caso y cuando el Acuerdo corre en documento

privado no es necesario la diligencia de Acuerdo como dice el ordinal 3 del Artículo 2 del NCPP, norma del Principio de Oportunidad aplicada supletoriamente al Acuerdo Reparatorio. Tómese en cuenta, que ninguna de éstas formalidades son "*ad solemnitatem*" es decir, que su inobservancia puede generar nulidad, sino que esas formalidades solo son "*ad probatione*" de mejor o mayor probanza; en todo caso el legislador ha dado libertad de forma a los que se someten a un Acuerdo Reparatorio.

5.- CONFIDENCIALIDAD DE LOS ACUERDOS.- Algunos autores han sostenido que otra de las formalidades que debe preservarse en la aplicación del Acuerdo Reparatorio es el PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD, éste consiste en que todo lo que se discuta a propósito de un Acuerdo no podrá luego ser revelado, puesto como argumento en un juicio o utilizarse lo discutido para sacar ventaja en el juicio oral, de lo que se colige que las partes puedan expresar libremente sus posiciones respecto a los hechos, expresar sus sentimientos y plantear sus intereses y necesidades en un ambiente de confianza y respeto mutuo. La CONFIDENCIALIDAD, tiene su fuente normativa en lo previsto por el artículo 8 de la Ley No 26872, en el cual se ordena que: "*Todos los que participan en la Audiencia de Conciliación deben mantener reserva de lo actuado. Todo lo sostenido o propuesto en ella carece de valor probatorio*", en ese mismo orden de ideas, si la terminación anticipada también permite a las partes negociar y terminar o no con éxito, se sostiene que en ésta institución penal también funciona el Principio de CONFIDENCIALIDAD cuando en el artículo 470 del NCPP se dice: "*Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá utilizarse en su contra*". Sin embargo en nuestro NCPP, en el Principio de Oportunidad, ni en los Acuerdos Reparatorios, no encontramos una norma que consagre el Principio de CONFIDENCIALIDAD, lo que ha habilitado inicialmente a los Fiscales de Huaura a ofrecer en sus acusaciones las Actas de Principio de Oportunidad y de Acuerdos Reparatorios fracasados o incumplidos, donde el indiciado o inculcado admitían ciertos hechos que sustentaba en algo el requerimiento Acusatorio, éste modo de accionar fiscal, fue observado en ocasiones por los Jueces, o los Abogados defensores y por los mismos Fiscales orientadores que se acogieron voluntariamente a ser respetuosos del Principio en comento; de modo tal que en la actualidad las actas de Principio de Oportunidad y de Acuerdos Reparatorios ya no son ofrecido

como medios probatorios. Sin embargo, debo hacer una distinción que considero importante, si propicio una negociación e invito al inculcado a formalizar un Acuerdo Reparatorio y allí se discute ampliamente, y no llegamos a ningún acuerdo, quiere decir que la totalidad de la negociación no ha surtido efecto y por tanto no se ha concretizado acuerdo alguno, entonces no me es útil como elemento de convicción y mal lo puedo ofrecer al momento de Acusar; **empero si** el Acuerdo Reparatorio fue exitoso y se estuvo cumpliendo el pago de la reparación civil y se condicionó la dictación de la disposición al momento del pago final de la última cuota de la reparación civil, y operó el incumplimiento total o parcial del Acuerdo, considero que esto es una situación distinta, pues si los acuerdos deben negociarse, celebrarse, y ejecutarse, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes⁽⁶⁹⁾, y se dio el accionar malicioso del imputado en no cumplir, como es que yo sí debo seguir siendo respetuoso del Principio de CONFIDENCIALIDAD, si el mismo imputado no lo es respecto de acuerdos que el mismo ha admitido? Esto, obligar a repensar dicho principio conforme a lo expuesto; pues a nivel internacional en Venezuela éstos Acuerdos sí son ofrecidos como medios probatorios, cuando éstos fracasaron luego que los indiciados o inculcados, estaban pagando en parte el monto de la reparación civil, pero hay países en los cuales no se puede utilizar el Acuerdo Reparatorio así haya fracasado, es el caso de Colombia (El Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 519 ordinal 4. que *"El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena"*), el nuestro a pesar de guardar silencio, por no existir norma expresa al respecto, debe ser desarrollada por nuestros Fiscales al ofrecer en sus Requerimientos de Acusación, también las Actas de Acuerdos Reparatorios – incumplidas – que son fuente de prueba que las omiten injustificadamente.

2.14 OBJETO DE LOS ACUERDOS:

Es tal la fuerza e importancia de los Acuerdos Reparatorios, que la ley procesal obliga al Fiscal de propiciar estos acuerdos u otras medidas que faciliten la reparación del daño causado a la víctima siempre y cuando se está frente a un hecho punible, por eso es función del Fiscal controlar los casos que van a llegar

⁽⁶⁹⁾ Al igual que los Contratos conforme a la regla contenida en el artículo 1362 del Código Civil.

a un Acuerdo Reparatorio, de modo tal que si está frente a un hecho que no es delito, ni justiciable penalmente, o que el hecho no se produjo, que no le es imputable al sujeto, tendrá que rechazar el acuerdo por no estar frente a la condición "*sine qua nom*": que el hecho sea delito.

Finalmente, cual es el Objeto de un Acuerdos Reparatorio?, entiendo que es hablar de la Reparación Civil, y ello no significa necesariamente la indemnizaciones en sumas de dinero, la restitución del bien o el pago de su valor al estilo del Artículo 92 del Código Penal, sino que en una cantidad importante de nuestros Acuerdos Reparatorios han consistido en distintos aspectos y que la única condición exigible es que el acuerdo sea lícito. Por ejemplo, se han aceptado la adopción de conductas tales como el perdón del ofendido, la petición personal o pública de las disculpas, la actitud de no reclamar absolutamente nada y pedir que el caso se archive, es decir, ni siquiera pedía disculpas ni nada⁽⁷⁰⁾; otro caso es la adjudicación de bienes y no necesariamente el pago de dinero a favor de los agraviados o víctimas⁽⁷¹⁾, o la asunción libre de labores de trabajo comunitario, que si bien se dio en un Principio de Oportunidad, se podría dar para un Caso de Acuerdos Reparatorios⁽⁷²⁾, o la prestación de labores a favor de la víctima. Los acuerdos, en cuanto a la indemnización pueden tener plazos hasta mayores de los 9 meses al que alude el Principio de Oportunidad, siempre que las mismas partes así se impongan, puesto que si bien lo que está en discusión es la reparación civil, no menos cierto es que se encuentra en peligro la integridad

⁽⁷⁰⁾ En el Caso No 2008 - 947, se trata de un agricultor que había sufrido daños tipo simple en su patrimonio, cultivos de melocotón el mismo que había sufrido por la indiciada a quien consideraba como "*su abuela*" pues lo había criado desde que había nacido, aquí por ejemplo, el Fiscal pensó en que podía convocar de oficio a un acuerdo reparatorio, pero se encontró con la sorpresa que el agraviado no quería nada, tal vez esperaba una disculpa, pero tampoco se dio, simplemente el pedía que la causa se archivara pues es su decisión, y no se pudo hacer nada, pues es evidente que estábamos en un caso de derechos disponibles.

⁽⁷¹⁾ En el Caso No 2008 - 476 se tuvo un delito de abigeato, el tipo penal se comete con la sola sustracción de un ganado así dice la norma, por tanto hay delito de hurto de ganado en el caso que un sujeto sustrajo 3 carneros a su víctima y como los vendió luego de hurtarlos, cuando fue descubierto solo pudo pagar el importe de 2 de ellos, y como faltaba un carnero, el indiciado basado en su consentimiento libre y con el ánimo de reparar el conflicto, de su propio ganado le entregó en compensación un carnero a favor de la víctima.

⁽⁷²⁾ En un Caso No 2008 - 62, se tuvo por ejemplo que el indiciado había cometido el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad, como no tenía dinero para asumir el pago de la reparación civil; el mismo aceptó prestar servicios a la comunidad como limpieza de tres cuadras en la vía pública, dado a que habían unos tachos deteriorados; en este caso la "víctima" es la Sociedad, acá prosperó el Principio de Oportunidad por la voluntaria asunción de prestación de servicios a la Comunidad, entiéndase bien que no se trata de una imposición, pues en ese caso solo el juez puede imponer ésta y otras limitaciones y restricciones a la libertad.

de la familia, por ello es que en éstos casos hay la intención de buscar una justicia restaurativa para el agraviado, pero sin olvidar al imputado, que vendría a ser la persona más vulnerable de no encontrar solución al conflicto penal, son los casos específicos de omisión a la asistencia familiar⁽⁷³⁾, ello nos ha permitido utilizar ésta herramienta procesal viabilizando una Justicia Restaurativa⁽⁷⁴⁾, en el cual debe entenderse al delito no como una infracción a bienes jurídicos, sino como una ruptura de relaciones humanas que son necesarias restablecerlas; por eso es vital la función del Fiscal cuando utilizando todos éstos Criterios de Oportunidad, logra nuevamente reencuentros entre la víctima y su ofensor para generar una reparación integral del daño, que no siempre es la reparación mediante el dinero; por consiguiente en éste tipo de conflictos, son los actores (víctima e indiciado) los que tienen la solución. Es evidente, que un Acuerdo Reparatorio no prosperará si en efecto el indiciado se considera inocente, pues en todo caso lo que se estaría haciendo es aceptar una responsabilidad del cual no se es culpable; por ello es tarea del Fiscal informar cabalmente a la víctima e indiciado que solo es posible un acuerdo cuando de por medio en efecto hay un delito, solo que falta acreditarlo completa y plenamente, situación que puede superarse con el CONSENTIMIENTO del indiciado o inculpado; lo que es propio de un sistema de justicia por negociación.

En conclusión, el objeto de los acuerdos reparatorios si bien es la reparación civil, debemos ir pensando en un sistema mayor, mejor y acorde a un sistema de justicia restaurativa, que implique una indemnización y reparación integral del daño ocasionado a la víctima, que supere los conceptos tradicionales de indemnización.

⁽⁷³⁾ Son los Casos de los Expedientes Nos 2007 - 246; 2008 - 952; 2008 - 456; 2008 - 963; en los cuales fueron las partes quienes bajo su consentimiento común establecieron plazos mayores a los 9 meses que fija la ley, y es que si bien es un plazo LEGAL lo es solo cuando el Fiscal fija los plazos, no cuando las partes convienen en plazo mayores, en todo caso se trata de derechos disponibles para ellos, que está más acorde a una justicia restaurativa que ellos mismos precisan, por tanto su consentimiento no deroga la ley, sino nos hace apreciar se el plazo que indica la ley es una norma dispositiva y no imperativa; si por ejemplo el Fiscal trataría reducir los plazos a los 9 meses, de cierto, los acuerdos fracasarían, pues tal vez el cumplimiento de las obligaciones de los indiciados a sus víctimas no podría ser cumplido a cabalidad.

⁽⁷⁴⁾ " ...El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de la ley. Entre otras consecuencias de esta premisa deriva una tendencia a considerar el delito más por lo que supone de lesión o perjuicio en los bienes de las personas y de la paz social que por la dimensión subjetiva de la infracción, cuya indagación y valoración por la jurisprudencia es percibida, desde algunos enfoques teóricos, como manifestación de moralismo decimonónico o de decisionismo judicial". De: De Joseph M. Tamarit Sumilla y Carolina Villacarapa Estarte. En: "Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora". Editorial Universidad Santo Tomás - Bogotá 2006. p. 322.

2.15 EFECTOS DE LOS ACUERDOS:

Los efectos de los Acuerdos podemos apreciarlo en dos niveles; desde el punto de vista de la Responsabilidad Penal y desde el punto de vista de la Responsabilidad Civil.

RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL- El Código en el artículo 2°, ordinal 6° del NCPP, prevé si el acuerdo es convenido por el indiciado y el agraviado, el Fiscal debe abstenerse de ejercitar la acción penal. La norma no exige que lo acordado conste en documento público o privado con firmas legalizadas, basta y sobra la obligación asumida por el indiciado y la aceptación del agraviado.

Ya he sostenido que el CONSENTIMIENTO de la pareja criminal (indiciado y agraviado) genera la ABSTENCIÓN del ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal Provincial Penal, lo que significa que para los delitos tasados (hurto, lesiones leves, estafa, apropiación ilícita, defraudación, delitos culposos, fraude en la administración de personas jurídicas, daños tipo simple, libramiento indebido, hurto de ganado tipo simple, hurto de uso, sustracción de bien propio, apropiación irregular, y apropiación de prenda) y donde procedan los Acuerdos Reparatorios, el consentimiento, viene a ser UNA CAUSAL MAS DE EXTINCIÓN⁽⁷⁵⁾ DE LA ACCIÓN PENAL; en ese sentido, me atrevo a decir que el CONSENTIMIENTO como causal de extinción resulta ser similar a cualquiera de las causales que generan la extinción de la acción penal que están reconocidas en el artículo 78 del C.P. como son los casos de la muerte del imputado, prescripción, amnistía, derecho de gracia, cosa juzgada, y desistimiento y transacción en los casos autorizados; por tanto una eventual reapertura del

⁽⁷⁵⁾ Esa es la naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios, así se mencionada que: *"A diferencia de la suspensión condicional del procedimiento — similar al Principio de Oportunidad -, la ley no exige en este caso la presencia del defensor del imputado como requisito de validez para el acuerdo reparatorio. El fundamento de esta distinción es claro: los efectos de aquella son mucho más graves para el imputado que los de éste, pues en este último caso la extinción de la acción penal se produce tan pronto se aprueba el acuerdo. En consecuencia, frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio solo cabe exigir su cumplimiento forzoso ante el juez de garantía o los tribunales civiles, "(sic). De HORVITZ LENNON, María. En "DERECHO PROCESAL PENAL" CHILENO, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 2002. p. 574.*

proceso no solo genera una causal de nulidad, sino que se habría infringido el "*ne bis in ídem*" en su faceta procesal, tal como ya lo hemos expuesto.

Es de remarcar, que en el Distrito Judicial de Huaura y en otros todavía (Arequipa, La Libertad, y Cusco por nombrar algunos), en un eventual incumplimiento del Acuerdo Reparatorio sea total (después del Acuerdo) o parcial (pese a estar cumpliendo el Acuerdo, se deja de cumplir el saldo); los Fiscales están promoviendo el ejercicio de la Acción Penal, para ello vienen aplicando supletoriamente lo previsto por el ordinal 4° del Artículo 2 del NCPP referido al Principio de Oportunidad por no estar previsto en el ordinal 6°, es decir, están realizando una interpretación por analogía lo cual viola lo previsto por el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil⁽⁷⁶⁾ que es norma de hermenéutica para todo el ordenamiento jurídico; y si están realizando una interpretación extensiva lo vienen haciendo "*in malam parte*" lo cual también viola lo previsto in fine del ordinal 3ro del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal⁽⁷⁷⁾ pues permite una persecución penal, afecta la libertad y el ejercicio de los derechos del indiciado o inculpado, pese a que el CONSENTIMIENTO ya cerro el conflicto.

De esto colegimos y hacemos hincapié, que en el actual proceso penal un Acuerdo Reparatorio extingue la acción penal y consiguiente la responsabilidad penal⁽⁷⁸⁾, y la Disposición de Abstención del ejercicio de la Acción Penal dictada por el Fiscal Penal es semejante al de una cosa juzgada material, pese a que no hay sentencia ni auto de sobreseimiento⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁶⁾ "Lo ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

⁽⁷⁷⁾ "La Interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos".

⁽⁷⁸⁾ "...la suspensión condicional del procedimiento - similar al Principio de Oportunidad -, la ley no exige en este caso la presencia del defensor del imputado como requisito de validez para el acuerdo reparatorio. El fundamento de esta distinción es claro: los efectos de aquélla son mucho más graves para el imputado que los de éste, pues en este último caso la extinción de la acción penal se produce tan pronto se aprueba el acuerdo. En consecuencia, frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio solo cabe exigir su cumplimiento forzoso ante el juez de garantía o los tribunales civiles." (sic). De HORVITZ LENNON, María. En "DERECHO PROCESAL PENAL" CHILENO, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 2002. p. 574.

⁽⁷⁹⁾ Al respecto para una mejor y mayor ilustración puede leerse nuestro artículo intitulado "¿Actos jurisdiccionales de los Fiscales Penales? Una tentativa de enfoque", p. 153 al 170. Publicado en el libro del cual somos coautor "ENSAYOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS", Nuevo Testimonio de una huella Académica. Editor Pierre Foy Valencia. Editores ARA. Lima 2008. En semejante sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional, aunque en forma posterior a nuestros artículos, al analizar los efectos del Archivo Fiscal, que las hace "*plausibles de seguridad jurídica*" sosteniendo sobre éste que: "...no se le puede negar el carácter de cosa decidida (cosa juzgada), sabiendo además, que el frecuente que el fiscal penal para archivar una denuncia

Limites de los Acuerdos Reparatorios, debe tenerse en cuenta que la Disposición de Abstención basado en el Acuerdo, tiene dos límites: **objetivos** en el sentido que el debate respecto al hecho punible queda cerrado indefectiblemente, y el límite **subjetivo** en el sentido que el debate respecto a las personas comprometidas en el Acuerdo solo alcanzan a éstas y no a otras, quedando pues clausurado cualquier discusión sobre las personas que se vincularon con el Acuerdo Reparatorio, puesto que el conflicto no puede ser reaperturado sin vulnerar el "*ne bis in idem*" en su vertiente procesal, por eso es necesario que esta información sea prestada a la víctima y al indiciado en el sentido que conozca que si el acuerdo reparatorio es aprobado por el Fiscal, éste hecho jurídico produce el efecto jurídico y consecuencia de archivar definitivamente la causa, extinguiéndose la acción y la responsabilidad penal del imputado, éste es el primer gran efecto.

RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.- El segundo gran efecto jurídico, es del nacimiento de una responsabilidad civil vinculante y definitiva. De lo que se colige, que si se fija el Acuerdo Reparatorio bajo plazo para su pago y en un eventual incumplimiento del mismo, tampoco dará lugar a la reanudación del proceso penal, ni a medidas coercitivas personales en contra el imputado, salvo la de exigir civilmente el cumplimiento del acuerdo reparatorio, es lo que fluye de una interpretación literal de lo previsto en la propia norma, contenida en el segundo párrafo del ordinal 6° del artículo 2° del NCPP.

En Chile, si se aprueba el acuerdo reparatorio (el acuerdo a diferencia del sistema peruano es aprobado por el Juez de Garantías) propuesto por las partes, el Tribunal de Juzgamiento dicta el sobreseimiento total o parcial de la causa (Artículo 242° del Código Chileno) extinguiendo definitivamente la responsabilidad penal del imputado⁽⁸⁰⁾ que hubiere celebrado. Su eventual cumplimiento o incumplimiento es competencia del Juez de Garantía con arreglo al Código de Procedimiento Civil (Artículo 243 del Código Chileno) ésta fuente es la única y

realiza un juicio de tipicidad del hecho denunciado.... "(sic) (Ver Fundamento 16 del Expediente No 2725 - 2008 - PHC/TC procedente de Lima, publicado en las Separatas de Procesos Constitucionales del diario Oficial El Peruano del día 4 de Noviembre del 2008, p. 21356.

⁽⁸⁰⁾ **El artículo 242 del Código Procesal Chileno a la letra dice:** "*Efectos penales del acuerdo. Junto con aprobar el acuerdo reparatorio propuesto, el Tribunal dictará el sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado*".

más acorde a nuestro sistema si es que estamos hablando de la presencia de DERECHOS DISPONIBLES en los acuerdos reparatorios.

Distinto es el caso de Colombia, Bolivia y Venezuela (tienen regulado los Acuerdos Reparatorios), en los cuales ante un eventual incumplimiento de las obligaciones civiles, se promueve el ejercicio de la acción penal, con todas las consecuencias jurídicas de un proceso penal.

Nuestra legislación en el Artículo 2º, ordinal 6º, párrafos primero y segundo del NCPP, pese a que en la parte final de éste último párrafo dice que *"Rige en lo pertinente el numeral 3)"*, no da posibilidad, que incumplido el Acuerdo Reparatorio se de la fortuna de una persecución penal dejándose sin efecto la abstención dictada, por eso la norma dice puntualmente: *"Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal"*.

No se condiciona la suspensión del ejercicio de la acción penal al pago efectivo de la reparación civil o cualquier otra condición de naturaleza civil, basta que las partes den su consentimiento para la celebración del Acuerdo Reparatorio para que el Fiscal esté vinculado y obligado a dictar la Disposición de Abstención del ejercicio de la acción penal en forma definitiva; aunque es verdad, que si el Fiscal es el velador para un efectivo pago de la reparación civil en un sistema de justicia restaurativa, su función será garantizar de algún modo, se honre con el cumplimiento de la obligación asumida.

En conclusión, ya no habrá responsabilidad penal que perseguir formalizado el Acuerdo, solo existirá una responsabilidad civil, que obviamente no es perseguible en sede Fiscal como lo es en el caso del Principio de Oportunidad⁽⁸¹⁾, ni éste podría utilizar su Poder Coercitivo tratando de hacer cumplir el acuerdo⁽⁸²⁾, pues éste depende del fiel y honrado cumplimiento de las obligaciones asumidas voluntariamente por el imputado.

⁽⁸¹⁾ No sucede lo mismo en el Principio de Oportunidad, en el cual el artículo 2, ordinal 4 del NCPP precisa textualmente: *"Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. De existir un plazo para el paso de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el paso, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile "*. De esto se colige que la disposición de Abstención tiene una condición SUSPENSIVA, esto es el efectivo cumplimiento de PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL para que proceda a dictarse la abstención, caso contrario no se dicta la Disposición.

⁽⁸²⁾ El Artículo 126 del NCPP dice: *"El Fiscal y el Juez podrán requerir la intervención de la fuerza pública y disponer las medidas necesarias para el cumplimiento seguro y regular de los actos que ordenen en el ejercicio de sus funciones"*. De modo que el poder Coercitivo del Fiscal no solo es para hacer comparecer compulsivamente a los sujetos procesales, sino también para hacer cumplir sus funciones, cuando ellos han dictado la orden, no cuando se trata de hacer cumplir acuerdo de terceros.

Entonces, podemos decir, que la naturaleza jurídica de un Acuerdo, por la forma de redacción de la institución en nuestro Código y atendiendo al Derecho Comparado, el legislador ha creado una causal nueva de extinción de la acción penal y en los extremos del acuerdo una fuente de obligaciones, que ha nacido por el consentimiento de las partes, en especial del indiciado, tiene además la virtualidad de ser una OBLIGACIÓN que nace en sede penal, cuyos efectos jurídicos irradia en sede civil, tendrá un efecto civil, es una auténtica transacción que cierra cualquier discusión patrimonial a futuro⁽⁸³⁾ sobre la responsabilidad civil que proviene de delito⁽⁸⁴⁾, qué duda cabe que además de extinguir la acción penal cumple también el papel de cerrar la discusión por los extremos de una "reparación civil", aunque todavía lejos de un sistema de justicia restaurativa.

2.16 EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS

En nuestro concepto, no hay una clara definición normativa como se debe ejecutar un Acuerdo Reparatorio; no hay problema en los acuerdos que contienen compromisos como disculpas, prestación voluntaria de servicios para la colectividad o el agraviado, cesión de bienes al agraviado, entre otros; pero lo que sí es problemático, cuando el indiciado se ha comprometido al pago de una reparación civil dineraria, si el indiciado cumple pacíficamente el pago al cual se comprometió tampoco hay problema y éstos son la mayoría de los casos en el Distrito Judicial de Huaura; empero, en la realidad hay un número significativo de casos, en los cuales el indiciado se muestra reacio, moroso y no quiere pagar, ni cumplir con el acuerdo; ante ello el Fiscal no puede hacer cumplir un acuerdo que se celebró ante el, pues el procedimiento penal se clausuró por extinción de la acción penal; por tanto, no queda sino su ejecución judicial o forzada, pero **por quien y ante quien?**; tentativamente menciono dos posibilidades, **la primera**, por el Fiscal Penal que conoció el caso, él tiene que velar por el pago de la

⁽⁸³⁾ El artículo 1302, 1p. del C.C. dice: "*Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado*". En ese sentido es válida la cláusula que un defensor de oficio hizo consignar en el Caso No 2008 - 1659 sobre homicidio culposo, que los deudos de la víctima no podrán reclamar mayor indemnización civil en sede civil, lo cual es compatible con lo previsto por el artículo 12 ordinal 1 que prescribe que "*El perjudicado podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil. Pero una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional*", sino habría un Abuso de Derecho.

⁽⁸⁴⁾ Artículo 1306 del Código Civil que a la letra dice: "*Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito*".

reparación civil⁽⁸⁵⁾, para cuyo caso puede recurrir a la ejecución civil por ante el Juez de la Investigación Preparatoria tal como fluye de una interpretación sistemática de los artículos 493° ordinal 1°, solo que hay un inconveniente, pues el Artículo 496° del NCPP alude que debe intervenir el Fiscal Civil y no el Fiscal Penal que ha conocido de todo el proceso penal; **la segunda**, por la misma víctima o agraviado, quienes podría judicialmente solicitar la ejecución de la transacción extrajudicial en la vía ejecutiva⁽⁸⁶⁾, respuesta que es compatible con el actual Artículo 688 ordinal 8 del Código Procesal Civil⁽⁸⁷⁾. Otra pregunta pendiente es **como se ejecuta el acuerdo reparatorio si en el fondo no es una reparación civil emergente de un proceso penal en forma?** Las normas enunciadas para la ejecución, se refieren a *"La Ejecución de la Sentencia"* conforme se aprecia de la Sección I del Libro Sexto del NCPP, por consiguiente la ejecución de un acuerdo reparatorio será equivalente a una reparación civil o el Juez de la Investigación Preparatoria a quien se ha recurrido podría declarar su incompetencia con el fundamento contenido en el artículo 29 ordinal 4to del NCPP, bajo el sustento que el solo ejecuta Sentencias y el Acuerdo Reparatorio no es una Sentencia; ésta apariencia de ausencia de tutela solo puede ser modificada por una actitud proactiva de los Magistrados del Poder Judicial, solo ellos realizando interpretaciones e integraciones pueden declararse competentes para subsanar ésta falta de claridad y omisión de normas que regulen adecuadamente la ejecución de un Acuerdo Reparatorio; caso contrario la ejecución del acuerdo resultará siendo poco confiable, generando duda de su eficacia de los Acuerdos Reparatorios en la adecuada tutela judicial que se debe brindar a las víctimas, perjudicados y agraviados. Otra preguntas importante es, **hasta cuando puedo ejecutar un acuerdo reparatorio si todavía no ha sido cumplido?** El Código Penal trae una norma puntual en el Artículo 100 determinando que *"La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal"* es decir, si conforme a ley se extingue la acción penal la acción civil derivada del delito también se extinguirá, por consiguiente tendremos distintos plazos conforme a la pena del delito correspondiente, que indicarán hasta cuando tengo derecho a

⁽⁸⁵⁾ Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

⁽⁸⁶⁾ Como la transacción penal por así llamarlo no puede ejecutarse en sede Fiscal, pues no hubo proceso, y en todo caso tiene el valor de cosa juzgada según el Artículo 1302 in fine del Código Civil, siendo aplicable lo dispuesto por el Artículo 1312 del Código Civil: *"La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva."*

⁽⁸⁷⁾ Conforme al Decreto Legislativo No 1069.

hacer realidad la acción civil y por ende el pago de la reparación civil. Pero, para el caso del Acuerdo Reparatorio, el consentimiento del indiciado y el agraviado, obliga a dictar al Fiscal la Disposición de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal y ésta es una auténtica causal de extinción de la Acción Penal, también alcanza a extinguir la acción civil? No, pues al igual que una Sentencia que quedó firme o causa ejecutoria, si bien ha extinguido la acción penal, falta que se cumpla con el pago de la reparación civil en el tiempo y modo por el delito respectivo; entonces un Acuerdo Reparatorio pese a que se ha dictado la disposición de Abstención, siguiendo el mismo criterio penal ya esbozado, solo se extinguirá en tanto y en cuanto no haya fenecido el plazo de ejercitar la acción penal por el delito correspondiente, por consiguiente habrán términos distintos para reclamar el cumplimiento del pago consignado en el Acuerdo Reparatorio. Finalmente, otra pregunta de proyección y cautela es **¿Cómo actuar frente al inculpado que acepta el Acuerdo Reparatorio solo para extinguir el ejercicio de la acción penal y luego no cumple con ningún compromiso asumido?** Si hemos tomado posición que un Acuerdo Reparatorio aniquila a la Acción Penal, ese mensaje es entendido por los justiciables, y especialmente por los imputados, que estarán debidamente asesorados por sus Abogados y bajo las instrucciones del Fiscal entiende y comprende que si acepta el Acuerdo Reparatorio ya no lo perseguirán, entonces se corre el riesgo de incentivar conductas que admitan responsabilidad, pero que dictado la disposición de abstención, se nieguen a cumplir con lo asumido para pagar la reparación del daño; entonces, el Estado debe regular adecuadamente que la ejecución de un Acuerdo Reparatorio en cuanto a su aspecto indemnizatorio debe ser fulminante, sin mayor obstáculo y de pleno rapidísimo para que las mismas víctimas vean con agrado y confianza a dicha institución y que los imputados si bien aprecian que dicha institución cierra el conflicto, su responsabilidad penal debe ser cumplida y en caso contrario la ley actuará con el mayor rigor del caso, evitándose la burla al agraviado y al sistema de Administración de Justicia.

2.17 FINALIDAD DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

Los Acuerdos Reparatorios del nuevo sistema penal acusatorio, iniciado en nuestro Distrito Judicial de Huaura, Centro Piloto de aplicación se ha constituido en un arma estratégica y fundamental para acabar con el retardo

procesal y experimentar mayor celeridad en delitos de bagatela, de mínimo reproche penal o de escasa lesividad o de falta de necesidad de la pena; pero no solo ello, sino que se busca lograr una justicia RESTAURATIVA, en el cual el delito no se aprecia fundamentalmente como una afectación a un bien jurídico penalmente protegido, sino que el delito se aprecia como un rompimiento de relaciones humanas entre la *"pareja criminal"* - inculpado y agraviado- el cual debe restaurarse, por eso se denomina Justicia Restaurativa, el mismo que puede darse en cualquiera de las etapas del proceso llámese preprocesal⁽⁸⁸⁾ o judicial esto es cuando ya se ha formalizado la investigación preparatoria; abarata los costes procesales; a través de él, las víctimas recuperan el patrimonio perdido; se evita el conflicto interpersonal entre la víctima y el victimario; se desahogan los tribunales de justicia penal; se evita la impunidad; le permite al victimario evitar un proceso penal con el cual quedará estigmatizado; se le reconoce y se le otorga a la víctima un papel importante dentro del proceso penal. Adicional a ello se podría decir que la correcta y oportuna práctica de los acuerdos reparatorios es una salida positiva al problema de lo delictivo donde el Estado tiene gran parte de responsabilidad.

Se podría pensar que su utilización promueve la impunidad, pero justamente estos son los Criterios de Oportunidad, en los cuales el Principio de Legalidad queda superado, y técnicamente, lo que se propone es que el sujeto le responda la sociedad (y más a la víctima) por el mal que ha hecho estando en libertad.

En todos los sistemas donde se aplican los Acuerdos Reparatorios, se tendrán resistencia de los justiciables, de los abogados libres y de oficio formados en una cultura confrontacional, secreta e inquisitiva, antes que una cultura de consenso y armonía, que trata de restablecer el conflicto provocado por la comisión de un delito; por tanto es una tarea no sólo de difusión de la institución, sino que los distintos operadores entiendan que su función primordial es acabar con los conflictos y no perniciosamente mantenerlos, todo lo cual constituye un desafío práctico e institucional, dentro de un nuevo criterio sobre Justicia Restaurativa.

⁽⁸⁸⁾ El Tribunal Constitucional en última sentencia emitida ha considerado que los Actos realizados por los Fiscales Penales no son Actos Administrativos, ni tampoco jurisdiccionales, sino son prejurisdiccionales sosteniendo que: “...el derecho al debido proceso despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en la cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en la constitución...” (Fundamento 7. del Expediente No 2725-2008-PHC/TC).

CAPÍTULO III

NIVEL DE APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS

1. Por los Operadores Fiscales.- El Nivel de Aplicación de los Acuerdos Reparatorios, en especial por los operadores Fiscales, quienes lo vienen aplicando con más incidencia que los operadores jurisdiccionales, dado a que el conflicto penal en la etapa de la investigación preliminar es donde tiene mayor incidencia, ello por razones de oportunidad, de no seguir continuando con la persecución penal, puesto que las mismas partes pretenden solucionar sus diferendos y son concientes del daño causado, es que todos los sujetos procesales entienden que es la ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR la mas adecuada para su debida aplicación; en el presente trabajo, en el capitulo siguiente debemos analizar finalmente cual es el resultado de la aplicación de los Acuerdos Reparatorios en su ámbito espacial y temporal, como lo es el distrito Judicial de Huaura - Huacho, en las negociaciones que se realizan a diario entre los imputados y las víctimas, y entre los abogados de cada uno de ellos.

2.- Por los Operadores Jurisdiccionales.- El nivel de Aplicación de los Acuerdos Reparatorios, en sede judicial, es casi nula, no existe, creemos que la estación procesal natural donde tienen incidencia los Acuerdos Reparatorios es en sede fiscal, y en la etapa de la investigación preliminar, no en la preparatoria, donde si se pueden dar otras salidas (mínimamente el Principio de Oportunidad, pero en especial las Terminaciones Anticipadas); por ello nuestro trabajo de investigación habiendo constatado ello en la realidad, solo hemos reunido casos celebrados en sede fiscal, la muestra y su análisis solo proceden de esa sede.

3.- Resultado de la Aplicación de los Acuerdos en el Distrito Judicial de Huaura y en la provincia de Huacho en la Investigación Preliminar.- Como podremos apreciar en los cuadros estadísticos elaborados con información oficial⁽⁸⁹⁾ proveniente del Ministerio Público y asimismo producto de las

⁽⁸⁹⁾ Es la información que maneja oficialmente el Distrito Judicial de Huaura, Oficinas de Tecnologías de la Información y del cual la Fiscalía de la Nación realiza sus proyecciones y avances.

encuestas realizadas, se evidencia claramente en los últimos tres años (al 31 de junio del año 2009), con respecto al total de las denuncias:

ACUERDOS REPARATORIOS Y PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD RESUELTOS EN TRES AÑOS DE REFORMA PROCESAL PENAL

Procedimientos	1° Y 2° AÑO		3° AÑO		Variación	TRES AÑOS	
	Concluid	%	Concluid	%		Concluid	%
Acuerdo reparatorio	96	1%	98	1%	0%	194	1%
Principio de oportunidad	552	6%	869	11%	5%	1421	8%
Total	9210	100%	8060	100%	0%	17270	100%

Donde figura 1°, 2° y 3° años, el primero se refiere a la fecha de ingreso del Nuevo Código, esto es mes del 1 de Julio del 2006 al 30 de Junio del año 2007; el 2° del 1 de Julio del año 2007 al 30 de Junio del año 2008; y el tercer año 3° comprende lo que va del 1 de Julio del año 2008 al 30 de Junio del año 2009. En segundo lugar, debe quedar claro que el Cuadro ha sido elaborado teniendo como información el universo total de las DENUNCIAS ingresadas en el Distrito Judicial de Huara, entre las fecha de los tres años y comprende por tanto una información del 01 de Julio del año 2006 al 30 de Junio del año 2009. En tercer lugar, el Cuadro gráfica, el total de denuncias ingresadas en los tres años mencionados, en el primer y segundo año suman en total **9,210** denuncias ingresadas, y solo en el tercer año, en un solo año, ha ingresado **8,060** denuncias, lo que quiere decir, que el Ministerio Público ha visto redoblado su

labor, pues si en dos años ingresaron 9,210 en un año ingresó 8,060, es decir, casi el doble; sin embargo hablando de los Criterios de Oportunidad, el Principio de Oportunidad si se ha visto incrementado, pues si para el 1° y 2° año, se había llegado a 552 Principio de Oportunidad resueltos, representando el 6% del 100% del universo; para el 3° año, se llegó a 896 es decir, se ha visto incrementado casi al doble, lo cual es positivo, pues si en DOS AÑOS se había llegado a 552, en un solo año se llegó a 896, consideramos esto un éxito en labor Fiscal, pues los justiciables están acogiendo salidas alternas al proceso. Sin embargo, lo mismo no se puede decir, de los ACUERDOS REPARATORIOS, pues en los dos primeros años 1° y 2° se resolvieron 96 Acuerdos Concluidos; empero en un solo año, el 3°, en vez de duplicar como el caso del Principio de Oportunidad, han caído ostensiblemente en una mitad, esto es en 98, pese, a ello, considero que hubo un avance significativo; pues si en dos años se habían resuelto 96 Acuerdos, es decir, un promedio de 48 por año, su tendencia, debía mantenerse en el tercer año, pero así no ha sucedido, sino que se ha incrementado en el cien por ciento, por eso llega a 98 Acuerdos resuelto, pero su tendencia a crecer es mínimo, pues **del Universo de 8060 denuncias, solo el 1% de denuncias terminan en Acuerdos Reparatorios**, es decir, hay problemas en su aplicación, o son los operadores fiscales o son los sujetos procesales o es la norma la que no incentiva su aplicación; eso es lo que pretende responder éste trabajo de investigación; tomándose como muestra solo el Distrito Judicial de Huaura:

CUADRO SEGUNDO - DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA POR PROVINCIAS

Criterios de Oportunidad	Huaura	Huaral	Barranca	Oyon	Cajatambo	Dist. Jud
Acuerdos	21 1%	61 3%	12 0%	0 0%	4 2%	98 1%
Principio	420 16%	209 9%	221 9%	10 5%	9 5%	869 11%
Resueltos y%	2698 100%	2370 100%	2591 100%	204 100%	197 100%	8060 100%

Los Criterios de Oportunidad por provincias en el Distrito Judicial de Huaura, en lo que va en el último año o 3° año, es decir, el comprendido entre el 01 de Julio del 2008 al 30 de Junio del año 2009, existen resultados sorprendentes, y son:

En **HUAURA**, se llegaron a aplicar con mayor intensidad los Criterios de Oportunidad, pues de 2698 denuncias, 420 terminaron en Principio de Oportunidad y 21 llegaron a Acuerdo, la incidencia de aquel es mayor que éste.

En **HUARAL**, de 2370 denuncias, 209 correspondieron a Principio de Oportunidad y casi un tercio de 61 correspondieron a Acuerdos.

En **BARRANCA**, de 2591 denuncias solo 12 fueron de Acuerdos y 221 terminaron con Principio de Oportunidad.

Modo de aplicación de los Acuerdos	CANTIDAD	PORCENTAJE
------------------------------------	----------	------------

En **OYON** simplemente no se aplican los Acuerdos y el Principio de oportunidad se aplicado en 10 casos del total denuncias que llegan a 204 casos.

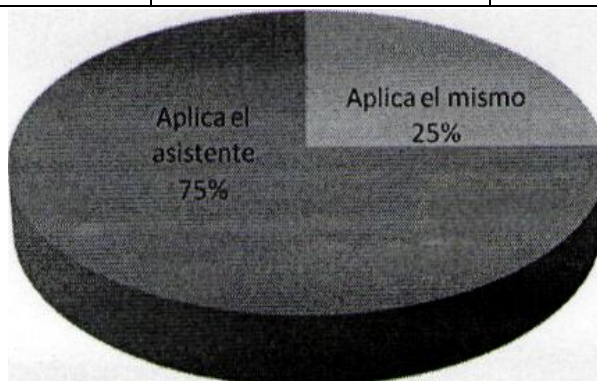
En **CAJATAMBO**, de 197 denuncias, 4 se solucionaron por los Acuerdos y 9 por el Principio de Oportunidad.

RESULTADO DE LA ENCUESTA AL PERSONAL FISCAL DE HUAURA PROVINCIA DE HUACHO

Se han tomado en cuenta varios criterios, como el modo en la aplicación, la cantidad de criterios de oportunidad, el ranking de aplicación por delito; la cantidad de información que transmiten, sobre la resistencia al aplicarse el criterio; sobre formación profesional del profesional que aplica el Acuerdo, sobre la efectividad, sobre su cumplimiento y la clausura definitiva del proceso.

1. En la etapa preliminar, en lo que respecta al **MODO** de Aplicación de los Acuerdos Reparatorios:

1.- Aplica el mismo.	05	25%
2.- Aplica el Asistente	15	75%
TOTAL	20	100%



Apreciando el Cuadro que antecede, y tomando como referencia lo contestado por los Fiscales Provinciales encuestados, ellos mismos no aplican los Acuerdos Reparatorios, en todo caso lo que hacen es derivar para que sus Asistentes Fiscales procedan a aplicar, lo cual no es incorrecto como sostenía el fallecido maestro doctor Florencio Mixan Mass, lo que si es un problema, es saber si éste personal estaba debidamente capacitado para llevar adelante las Audiencias de aplicación de los Acuerdos Reparatorios; situación que como veremos será una forma de responder a nuestra investigación.

2. En lo que respecta a la **CANTIDAD** de denuncias que ingresan para aplicar Principio de Oportunidad o Acuerdos Reparatorios, considerando que existe dos Fiscalías de Decisión Temprana, y que se dividen la carga en dos grupos, en cuanto a la Primera Fiscalía de Decisión Temprana, el resultado fue el siguiente:

Cantidad de aplicación de los C. de Oportunidad	CANTIDAD	PORCENTAJE
1.- P. de Oportunidad.	05	25%
2.- A. Reparatorios.	15	75%

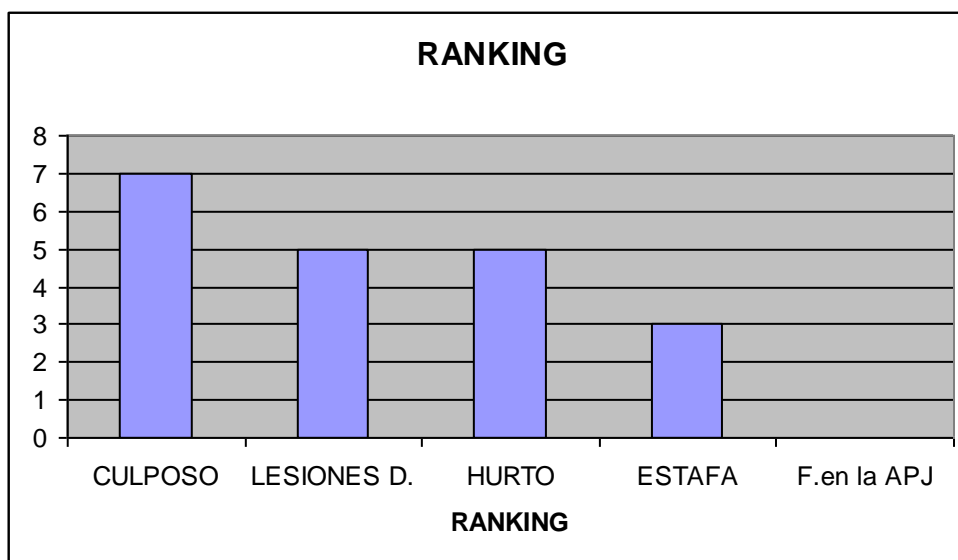
TOTAL	20	100%
--------------	-----------	-------------

De VEINTE CASOS, quince son derivados para aplicarse el Principio de Oportunidad y unos cinco son derivados para aplicarse el Acuerdo Reparatorio.

3. Cuál es el índice de aplicación de los Acuerdos Reparatorios, si tomamos como referencia cinco **DELITOS** de un máximo de 20 casos, indicaron:

Ranking	Delitos	Porcentaje
1.-D. CULPOSOS.	07	35%
2.- D. de LESIONES D.	05	25%
3.- D. de HURTO	05	25%
4.- D. de ESTAFA	03	15%
5.- D. de F en la APJ	00	00%
TOTAL	20	100%

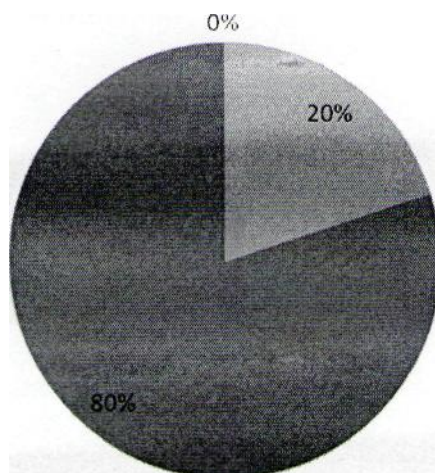
Los Delitos Culposos, son los que mas incidencia han tenido para la aplicación de los Acuerdos Reparatorios (homicidios culposos y lesiones culposas) que le sigue en el segundo orden, ambos comparten, casi el CINCUENTA POR CIENTO de los ACUERDOS. En cuanto a los Delitos Contra el Patrimonio, el que lidera en ellos, son los DELITOS DE HURTO TIPO SIMPLE, que son de mínima culpabilidad y reproche; seguidos del delito de ESTAFA, el cual también tiene una incidencia frecuente en nuestro medio; por lo que el Ranking por delitos aplicados son:



Los Acuerdos son mas frecuentes en los delitos culposos, en especial de lesiones culposas por accidente de tránsito, se tuvo que es el delito con mayor frecuencia, y sobre el cual el Acuerdo Reparatorio es de más incidencia, seguido por el delito de Lesiones dolosas y en igual porcentaje el delito de Hurto; cerrando el ranking el delito de Estafa y otras defraudaciones que tiene el 3%; y en cambio en el delito que no han aplicado hasta ahora, es el delito de fraude en la Administración de Personas Jurídicas con un cero por ciento.

4.- Igualmente sobre la **INFORMACIÓN** que deben dar los Fiscales a los sujetos a aplicar los Acuerdos Reparatorios el resultado fue el siguiente:

FISCAL/ASISTENTE INFORMA	CANTIDAD	Porcentaje
EXHAUSTIVAMENTE	04	20%
NORMALMENTE	16	80%
NO INFORME NADA	00	00%
TOTAL	20	100%



- Exhaustivamente
- Normalmente
- No informa Nada

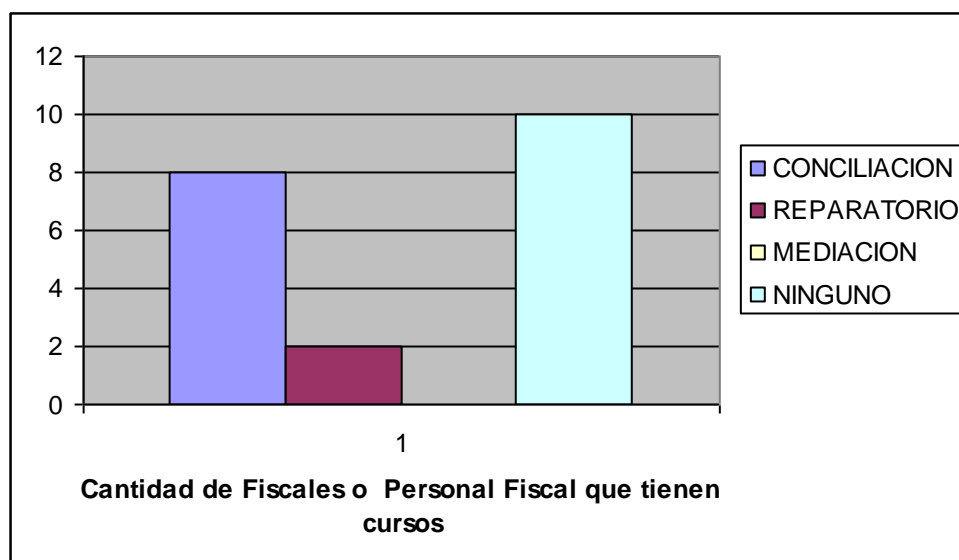
Según la encuesta recabada a Fiscales Provinciales, Adjuntos y Asistentes de Función Fiscal, ellos dijeron que informan sobre los efectos de los Acuerdos Reparatorios, en forma normal a un grupo del 80 %, y en forma exhaustivamente lo han hecho en un número de 4 que representa el 20 %; pero que jamás han dejado de informar sobre los efectos ya mencionados.

5.- Sobre la **RESISTENCIA** del sujeto procesal al aplicarse el Acuerdo Reparatorio, se tuvo como resultado, que el imputado es el que más se resiste a celebrar un acuerdo, el siguiente sujeto procesal que se resiste es el agraviado o perjudicado; y finalmente el que también tiene su cuota de resistencia es el Abogado, defensor o apoderado; todos ellos fueron identificados por personal Fiscal, teniendo como resultado el siguiente cuadro:

Sujeto Resistente a la Aplicación del Acuerdo	CANTIDAD	Porcentaje
EL IMPUTADO	10	50%
EL AGRAVIADO	05	25%
EL ABOGADO	05	25%
TOTAL	20	100%

6.- Sobre la **FORMACIÓN PROFESIONAL** del sujeto procesal que aplica el Acuerdo, en cuanto a los cursos de Salidas Alternas y si tienen título el resultado es el siguiente:

Formación Profesional del que aplica el Acuerdo Reparatorio	Cantidad de Fiscales o Personal Fiscal que tienen cursos	Porcentaje
CONCILIACIÓN	8	40%
ARBITRAJE	2	10%
MEDIACIÓN	0	00%
NINGUNO DE LOS CURSOS	10	50%
TOTAL	20	100%



Es de considerar conforme a este cuadro que sobre cursos de Conciliación lo han recibido solo 8 del total de 20 profesionales (contados entre Fiscales Provinciales, Adjuntos y Asistente de Función Fiscal); de los 8 solo 2 son Conciliadores registrados en el Ministerio de Justicia; también existen dos

Árbitros, y solo uno de ellos esta registrado en la Cámara de Comercio de Lima; y sobre cursos de Mediación ninguno de éstos profesionales han recibido capacitación alguna. Finalmente 10 profesionales no han recibido ningún curso sobre Conciliación, Arbitraje o Mediación; esto es lo preocupante.

7.- Sobre la **EFFECTIVIDAD DEL ACUERDO REPARATORIO** si las actas se cumplen por su solo mérito, el resultado de CIENTO ACTAS⁽⁹⁰⁾ escrutadas fue:

Efectividad del Acuerdo Reparatorio	CANTIDAD	PORCENTAJE
Si CUMPLEN	40	40%
NO CUMPLEN	60	60%
TOTAL	100	100%

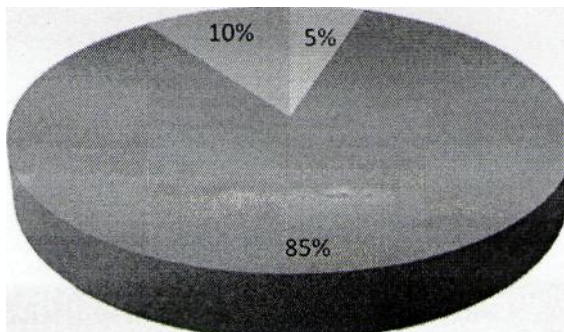
Es de apreciar el alto índice de Acuerdos Reparatorios que no se cumplen en sus extremos que supera el cincuenta por ciento e inclusive más de la mitad no cumplen con los extremos a que se han obligado.

8.- Sobre la **EJECUCIÓN DEL ACUERDO REPARATORIO** en la eventualidad que no se cumpla voluntariamente, se dan las siguientes salidas:

Ejecución del Acuerdo	CANTIDAD	PORCENTAJE
EN SEDE PENAL	01	5%
SE FORMALIZA	17	85%
EN SEDE CIVIL	02	10%
TOTAL	20	100%

Ejecución de los Acuerdos

⁽⁹⁰⁾ Esta Información se ha extraído tomando como referencia las Actas de los Acuerdos Reparatorios existentes en el Primer Despacho de Decisión Temprana de Huacho.



- En sede Penal
- Se formaliza
- En sede civil

Al respecto casi la totalidad del personal Fiscal considera que si el Acuerdo no es cumplido debe precederse a formalizar investigación preparatoria, y así lo vienen haciendo; solo una persona sostiene que su cumplimiento debe ser en sede penal y dos en sede civil, es decir, consideran que el proceso ya se cerró.

9.- Sobre la **CLAUSURA DEL PROCESO**, a través de un Acuerdo Reparatorio, es conocida o no por EL PERSONAL fiscal, obtuvimos el siguiente resultado:

CLAUSURA del proceso	CANTIDAD	PORCENTAJE
SABEN	02	10%
NO SABEN	18	90%
TOTAL	20	100%

RESULTADO DE LA ENCUESTA A LOS ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE HUACHO

Se han tomado en cuenta varios criterios, como la capacitación en negociación en materia penal; sobre la eficacia de los Acuerdos Reparatorios, sobre su efectividad como medio de resolución de conflictos, sobre cual sería el factor que no permite aplicar adecuadamente dichos Acuerdos; si se están cumpliendo con los acuerdos y finalmente si cree que es posible reabrir el debate suscrito que fue el Acuerdo Reparatorio.

10.- Sobre la **INFORMACIÓN** de los abogados en salidas alternas al proceso en general, el resultado fue:

INFORMACIÓN sobre Salidas alternas al Proceso en general.	CANTIDAD de Abogados encuestados	PORCENTAJE
INFORMADOS	08	90%
NO INFORMADOS	02	10%
TOTAL	10	100%

11.- Sobre la **INFORMACIÓN** que los abogados habrían recibido en salidas alternas al proceso penal, en especial sobre los Acuerdos Reparatorios, el resultado fue:

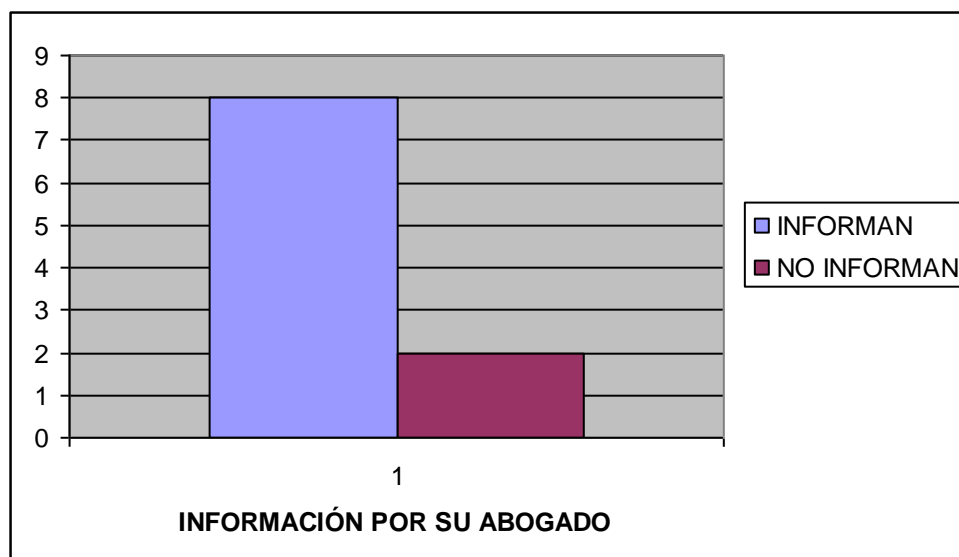
INFORMACIÓN sobre Salidas alternas al Proceso Penal	CANTIDAD de Abogados encuestados	PORCENTAJE
INFORMADOS	08	90%
NO INFORMADOS	02	10%
TOTAL	10	100%

12.- Sobre la **CAPACITACIÓN** que habrían recibido los Abogados en Salidas Alternas al Proceso Penal que los abogados habrían recibido en salidas alternas al proceso penal, en especial sobre los Acuerdos Reparatorios, el resultado fue:

CAPACITACIÓN sobre Salidas alternas al Proceso PENAL	CANTIDAD de Abogados encuestados	PORCENTAJE
CAPACITADOS	02	10%
NO CAPACITADOS	08	90%
TOTAL	10	100%

13.- Sobre la **INFORMACIÓN AL CLIENTE** que habrían DADO los Abogados, sobre los ACUERDOS REPARATORIOS, el resultado fue:

INFORMACIÓN al cliente	CANTIDAD de	PORCENTAJE
INFORMAN	08	90%
NO INFORMAN	02	10%
TOTAL	10	100%



14.- Sobre las **CAUSALES** que no permiten aplicar adecuadamente los Acuerdos Reparatorios, los ABOGADOS respondieron:

FALTA DE PREPARACIÓN DEL PERSONAL FISCAL	05	50%
RESISTENCIA DE LOS JUSTICIABLES	04	40%
RESISTENCIA DE LOS ABOGADOS	00	00%
FALTA DE INFORMACIÓN DE LOS ACUERDOS.	01	10%
TOTAL	10	100%

Los ABOGADO sostienen que, en principio, ellos no se oponen a la aplicación de un Acuerdo Reparatorio; sostienen que ellos siempre informan a sus patrocinados de los beneficios de un Acuerdo Reparatorio; y en todo caso los hay una resistencia de los justiciables (agraviado o imputado) y finalmente falta capacitación al personal fiscal para aplicar adecuadamente dicha institución.

15.- Sobre el **CUMPLIMIENTO** de los Acuerdos Reparatorios, los Abogados han sostenido que sus patrocinados son reacios al cumplimiento, el resultado fue:

CUMPLIMIENTO de los Acuerdos Reparatorios	CANTIDAD de Abogados encuestados	PORCENTAJE
CUMPLEN	08	80%
NO CUMPLEN	02	20%
TOTAL	10	100%

Según los Abogados, sus patrocinados en casi la totalidad de los Acuerdos Reparatorios, si vienen cumpliendo con lo ofrecido y solo mínimamente se incumple.

16.- Sobre la **CLAUSURA** del proceso penal por los Acuerdos, el resultado fue:

CLAUSURA del proceso por el Acuerdo	CANTIDAD de encuestados	PORCENTAJE
NO REAPERTURA	01	10%
REAPERTURA	09	90%
TOTAL	10	100%

Casi la totalidad de Abogados, cree que la clausura de un proceso penal por aplicación de un Acuerdo Reparatorio NO ES DEFINITIVO, sino que puede reabrirse (por un eventual INCUMPLIMIENTO del acuerdo), solo uno considera que un Acuerdo Reparatorio cierra definitivamente el debate.

RESULTADO DE LA ENCUESTA A LOS JUSTICIABLES (agraviados) DE LA PROVINCIA DE HUACHO

Teniendo como muestra diez justiciables (VICTIMAS) tomándose como referencia, los criterios sobre Información que tiene el propio ciudadano y el que le brinda los abogados, sobre el incumplimiento en el pago de la reparación civil o indemnización, y cual sería una adecuada reacción por parte de la ley; y finalmente sobre que profesional debería aplicar los Acuerdos Reparatorios; el resultado de las encuestas fueron.

17.- Sobre la **INFORMACIÓN PROPIA** que habrían recibido los Ciudadanos - VICTIMAS de delitos, respecto de salidas alternas al proceso penal, en especial sobre los Acuerdos Reparatorios, el resultado fue:

INFORMACIÓN sobre Salidas alternas al Proceso PENAL	CANTIDAD de Agraviados encuestados	PORCENTAJE
INFORMADOS	01	10%
NO INFORMADOS	09	90%
TOTAL	10	100%

Según la encuesta recabada, casi la totalidad de víctimas y agraviados, no se han informados adecuadamente, sobre las salidas alternas al proceso penal; que permiten que el conflicto penal, en el cual han resultado víctimas, puede terminar con un arreglo armonioso, evitándose el proceso penal en giro.

18.- Sobre la **INFORMACIÓN POR SU ABOGADO** que habrían recibido los Ciudadanos - VICTIMAS de delitos, respecto de salidas alternas al proceso penal, en especial sobre los Acuerdos Reparatorios, el resultado fue:

INFORMACIÓN por el ABOGADO del A. REP.	CANTIDAD de Agraviados	PORCENTAJE
INFORMADOS	02	20%
NO INFORMADOS	08	80%
TOTAL	10	100%

Aún cuando los señores abogados brindan información a las víctimas, sobre la presencia de Salidas Alternas al proceso penal, como es el caso de los Acuerdos Reparatorios, la mayoría de víctimas no son informadas al respecto por sus respectivos abogados.

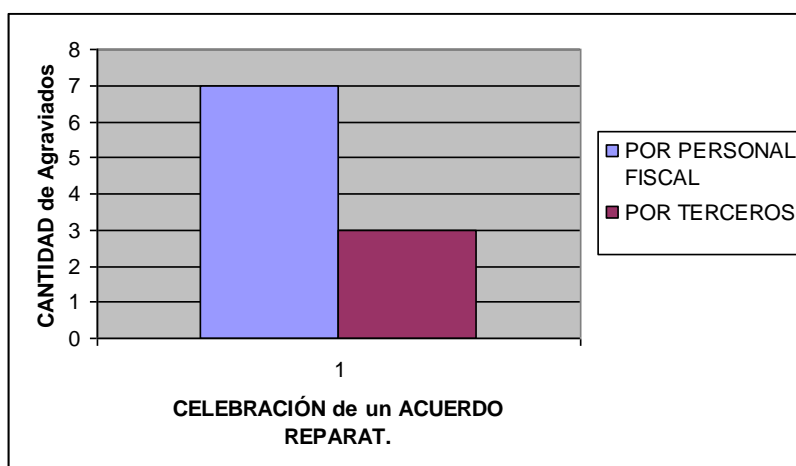
19.- Sobre si **ACEPTARÍA** en su condición de VICTIMA a ir a un Acuerdos Reparatorios, antes que ir a un PROCESO, el resultado fue:

ACEPTARÍA ir a un ACUERDO REP.	CANTIDAD de Agraviados	PORCENTAJE
ACEPTARÍA	08	80%
NO ACEPTARÍA	02	20%
TOTAL	10	100%

La víctima, en la mayoría de casos no desea un proceso penal, está dispuesta a llegar a un buen acuerdo con el imputado, solo una mínima parte prefiere ir a un proceso judicial para reclamar los derechos que le corresponde.

20.- Sobre LA **CELEBRACIÓN** de los Acuerdos Reparatorios, si debe ser dirigido por personal Fiscal o tercero ajeno a la Fiscalía, la Víctima, prefirió al personal fiscal, dando sus muestras de confianza en los conflictos penales, en que se han involucrado, y tal vez por una tradición jurídica, por tanto dio las siguientes opciones:

CELEBRACIÓN de un ACUERDO REPARAT.	CANTIDAD de Agraviados	PORCENTAJE
POR PERSONAL FISCAL	07	70%
POR TERCEROS	03	30%
TOTAL	10	100%



Las víctimas o agraviados, prefieren que la aplicación de un Acuerdo Reparatorio sea dirigido por personal Fiscal antes que por terceros o una institución diferente a la Fiscalía.

RESULTADO DE LA ENCUESTA A LOS JUSTICIABLES (IMPUTADOS) DE LA PROVINCIA DE HUACHO

Teniendo como muestra diez justiciables (IMPUTADOS) tomándose como referencia, los criterios sobre Información que tiene el propio ciudadano y el que le brinda los abogados, sobre el incumplimiento en el pago de la reparación civil o indemnización, sobre el significado de un Acuerdo Reparatorio y cual sería una adecuada reacción por parte de la ley de incumplirse con los extremos del Acuerdo; los resultados fueron.

21.- Sobre la **INFORMACIÓN PROPIA** que habrían recibido los Ciudadanos - IMPUTADOS de delitos, respecto de salidas alternas al proceso penal, en especial sobre los Acuerdos Reparatorios, el resultado fue:

INFORMACIÓN sobre Salidas alternas al Proceso <u>PENAL</u>	CANTIDAD de Imputados encuestados	PORCENTAJE
INFORMADOS	02	20%
NO INFORMADOS	08	80%
TOTAL	10	100%

Según la encuesta recabada, casi la totalidad de imputados, no se han informados adecuadamente, sobre las salidas alternas al proceso penal; que permiten que el conflicto penal, en el cual han resultado comprometidos, puede terminar con un arreglo armonioso, evitándose el proceso penal en giro.

22.- Sobre la **COMISIÓN** de un delito, si el IMPUTADO estaría de acuerdo solucionar el conflicto a través de un Acuerdo Reparatorio, para que el proceso penal no continúe, el resultado fue:

COMISIÓN de un delito y arreglo por un ACUERDO REPARAT.	CANTIDAD de Imputados	PORCENTAJE
SI ARREGLARÍA	08	80%
NO ARREGLARÍA	02	20%
TOTAL	10	100%

Los imputados ven con agrado la presencia de Salidas Alternas al proceso penal, como es el caso de los Acuerdos Reparatorios, y solo una mínima parte lo ve con desconfianza y por tanto no arreglaría.

23.- Sobre si **CUMPLIRÍA** con los extremos de los Acuerdos a que se ha comprometido, el resultado fue:

CUMPLIRÍA con el ACUERDO REP.	CANTIDAD de Imputados	PORCENTAJE
CUMPLIRÍA	09	90%
NO CUMPLIRÍA	01	10%
TOTAL	10	100%

Los imputados conforme a los cuestionarios, dicen que cumplirían a los acuerdos a que se ha obligado, y solo uno dejaría de cumplir, por problemas posteriores.

24.- Sobre LA **INFORMACIÓN** de los Acuerdos Reparatorios, como medio alternativo de solucionar el conflicto y por tanto no llegar a un proceso judicial el resultado fue el siguiente.

INFORMACIONCION de un ACUERDO REPARAT.	CANTIDAD de Imputados	PORCENTAJE
POR SU ABOGADO	02	20%
POR PRENSA O RADIO	01	10%
POR EL FISCAL	07	70%
TOTAL	10	100%

La Información al imputado, sobre los Acuerdos Reparatorios, fundamentalmente viene del personal Fiscal antes que por su propio Abogado o los mismos medios de comunicación masiva.

25.- Sobre el **SIGNIFICADO** de los extremos de los Acuerdos Reparatorios, el imputado considera lo siguiente:

SIGNIFICADO de los ACUERDOS REPARAT	CANTIDAD de Imputados	PORCENTAJE
Pagar la Indemnización	02	20%
Una deuda vergonzante	01	10%
Pagar para lograr la Paz	04	40%
Pagar para no estar en problemas judiciales	03	30%
TOTAL	10	100%

Los Imputados mínimamente, consideran que lo fijado en un acuerdo Reparatorio en verdad importa por derecho el pago de una indemnización; al contrario consideran que el pago solo lo hacen para salir del juicio o del problema y lograr la Paz; y finalmente uno solo lo considera una deuda vergonzosa.

26.- Sobre LA **REAPERTURA** de los Acuerdos Reparatorios, ante el incumplimiento, el resultado fue el siguiente.

REAPERTURA de un ACUERDO REPARAT.	CANTIDAD de Imputados	PORCENTAJE
DEBE REABRIRSE	02	20%
NO DEBE REABRIRSE	07	70%
A VECES	01	10%
TOTAL	10	100%

La REAPERTURA, es una modalidad que no ha gustado a los imputados, quienes han manifestado que firmado el Acuerdo Reparatorio y a pesar de su eventual incumplimiento no debe reabrirse el proceso.

CONCLUSIÓN. de 8060 denuncias, 869 terminaron con Principio de Oportunidad y solo 98 con Acuerdos, es decir, **en el 3° año se han aplicado en promedio 8.1 Acuerdos en forma mensual y si dividimos entre las CINCO PROVINCIAS, tenemos un ponderado de 1.6 Acuerdo Reparatorio que se habría aplicado mensualmente en cada provincia del Distrito Judicial de Huaura; pero son acuerdos reparatorios definitivos y cumplidos; en nuestro criterio, totalmente deficiente, por eso pretendo indagar las causas y ver la posibles soluciones en los siguientes capítulos.**

CAPITULO IV

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Y VERIFICACIÓN DE LAS VARIABLES DE INVESTIGACIÓN

Teniendo en consideración todo lo desarrollado a lo largo de ésta investigación, con todo lo recabado en la información doctrinaria expuesta y la Información Estadística presentada a nivel general en los anteriores capítulos y de las encuestas y cuestionarios aplicados en la Primera Fiscalía de DECISIÓN TEMPRANA de Huaura (HUACHO), cuyos modelos aplicados se adjuntan como anexos; voy a demostrar mi hipótesis planteada al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación.

En este análisis y contrastación de las variables independientes y dependientes, correspondientes a la Hipótesis principal, objeto de la presente tesis, me permitió determinar lo siguiente:

1.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL.- Dice la Hipótesis:

"Los Acuerdos Reparatorios no tienen mayor aplicación debido: a la falta de independencia y preparación de los órganos que aplican; a la resistencia que se tiene por parte de los justiciables y abogados no informados en cuanto a la eficacia de la institución; a la falta de ejecutividad del acuerdo y posibilidad de reabrir su debate en cuanto a la persecución penal"

2.-VARIABLES INDEPENDIENTES

- ***"Falta de independencia y preparación de los órganos que aplican los Acuerdos reparatorios"***

De lo que he investigado, he verificado a través de los cuestionarios que todos los órganos fiscales que aplican los Acuerdos Reparatorios son independientes; sin embargo, respecto a la preparación de los órganos que aplican llámese Fiscales Provinciales Penales, Adjuntos y Asistentes de Función Fiscal, si bien han adoptado por aplicar los Acuerdos los mismos Fiscales o delegan a sus Asistentes a que redacten el acuerdo, la falta de

preparación es manifiesta, pues del total de Fiscales y Asistentes, con formación en técnicas de Conciliación general, solo 8 han seguido cursos, de ellos solo 2 son Conciliadores acreditados ante el Ministerio de Justicia; pero ninguno de ellos tienen cursos de Conciliación o Técnicas de Negociación en materia penal, que exige técnicas de negociación distintas, dado a los bienes e intereses que están en juego; de otro lado respecto a los Abogados (de la defensa libre y de oficio) sostuvieron que si bien 8 tienen cursos de Conciliación Civil, sin embargo solo dos están formados en Salidas Alternas al Proceso Penal, todo esto sumado a que la Academia de la Magistratura y menos las Universidades tienen Cursos de Negociación en materia Penal; redundando por ello en la falta de preparación de los órganos que aplican los Acuerdos Reparatorios.

- ***"Resistencia de los justiciables y abogados"***

Respecto de ésta variable también se pudo constatar a través de la información recabada, de las encuestas y cuestionarios, que si bien los Abogados están perfectamente informados de las salidas alternas en General y en especial del Acuerdo Reparatorio; sin embargo no tienen la preparación suficiente para entender la Negociación en el ámbito Penal, prueba de ello es que de diez abogados, solo dos tienen cursos de negociación penal y ocho no tienen esa formación especializada. En ese mismo sentido partiendo de ésta información los diez Abogados encuestados, manifestaron que ocho de ellos sí informan a sus patrocinados sobre las Salidas Alternas al Proceso Penal, pero cuando contrastamos con la información que dieron los justiciables, para el caso de diez víctimas encuestadas ocho no habían sido informado respecto a ello; y cuando contrastamos con la información que dieron los imputados, también nos encontramos que de diez imputados, solo ocho fueron informados sobre dichas salidas; en consecuencia contrastando la información de abogados, víctimas e imputados, a pesar que aquellos han sostenido que dan esa información, los justiciables (víctimas e imputados) han manifestado lo contrario; y dado al fracaso de aumento de números sometidos a los Acuerdos Reparatorios, hay que entender que los justiciables no vienen siendo informados cabalmente de ésta salidas alternas.

- ***"Falta de Ejecutividad de los Acuerdos Reparatorios"***

Con ésta variable pretendemos demostrar que los Acuerdos Reparatorios a pesar que han sido negociados y celebrados bajo el consenso del imputado y el agraviado, su ejecución no ha sido feliz en muchas ocasiones, existiendo por tanto un problema en su ejecutividad si tenemos en cuenta que en TRES AÑOS, se han concluido 194 Acuerdos Reparatorios, de las Actas que hemos podido escrutar, correspondiente a nuestro Despacho, cogimos 100, pero de éste, se han incumplido poco mas de la mitad (en el cuadro de Efectividad correspondiente a los Fiscales), y solo 40 actas se aprecia que han cumplido voluntariamente con los extremos del Acuerdo Reparatorio. Y de esa muestra que ha cumplido en casi el 40 % se ha tenido que requerirse constantemente para que cumpla con lo acordado con el agraviado, no ha sido un cumplimiento voluntario, sino hasta cierta forma "*coercitiva*", pues se tuvo que echar mano a la medida coercitiva de "*conducción compulsiva*" para pedir que se explique por el imputado por que no cumplían, quienes recién cumplían con los extremos a que se habían obligado. Un porcentaje mínimo corresponde al cumplimiento VOLUNTARIO de los Acuerdos (1 de cada 4 cumple con los acuerdos), ello ocurría cuando el imputado en una sola armada pagaba el integro del Acuerdo, pero son casos excepcionales y demuestra que hay todavía imputados responsables de honrar su palabra sin requerimiento alguno.

- ***"Posibilidad de reabrir el debate en cuanto a la persecución penal"***

En mi entender, ésta es una variable fundamental, que puede explicar porque los Acuerdos Reparatorios no tienen la acogida que se quiera en el medio penal, como una adecuada salida alterna al proceso; pues el principal problema parte de la norma contenida en el NCPP, si apreciamos con cuidado el artículo 2, ordinal 6, segundo párrafo precisa puntualmente, respecto al Acuerdo Reparatorio: "*...Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal.*": la norma no exige que se cumpla con lo convenido, pues dice "*...si ambos convienen...*" basta pues el acuerdo de voluntades para que el Acuerdo se de y el Fiscal en mérito al supuesto de hecho existente, deba dictar la Disposición Fiscal de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal, mal haría un Fiscal de exigir que se cumpla con lo acordado o con lo convenido o esperar a que se pague el integro de la reparación civil para dictar la susodicha disposición; eso no fluye de una

interpretación literal y también auténtica, pues lo que se quiere es que agraviado e imputado se pongan de acuerdo en la forma de solucionar el conflicto penal respecto de un bien disponible, y ello exige un acuerdo, su eventual cumplimiento forma parte de la EJECUCIÓN no precisamente de la negociación; pese a la elocuencia de la propia norma en su contenido y mensaje, los Fiscales encuestados en número de veinte, 17 optaron porque se formalice la investigación preparatoria de apreciarse un INCUMPLIMIENTO del Acuerdo; solo 1 optó por el cumplimiento en la misma sede penal y dos por el cumplimiento en sede civil; lastimosamente los abogados también piensan que un Acuerdo Reparatorio que ya se negoció y se celebró (*"Si ambos convienen..."*, como dice la propia norma) su eventual incumplimiento en la etapa de la ejecución, admiten pasivamente de diez encuestados, que el proceso penal debe reaperturarse y por tanto continuar la persecución penal; en cambio los imputados, de diez encuestados, siete opinan porque el proceso penal no debería reaperturarse por existir el acuerdo.

3.- ORDENAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.- Luego de haber recabado la información dogmática penal y el trabajo de campo, he podido comprobar que mi HIPÓTESIS tiene confirmación conforme a las variables que he indicado, que en efecto los Acuerdos Reparatorios, no vienen siendo aplicados no por falta de independiente como inicialmente lo enunciamos en nuestra primer variable de ***"Falta de independencia y preparación de los órganos que aplican los Acuerdos reparatorios"***, sino que en verdad, los Fiscales Provinciales Penales no son precisamente los que dirigen personal y directamente la aplicación de los Acuerdos Reparatorios, ellos lo hacen cuando vean oportuno por razones de gravedad o falta de manejo del caso, pero los Acuerdos son aplicados por los Fiscales Adjuntos y por los propios Asistentes de Función Fiscal, situación que el desaparecido maestro Florencio Mixán Mass, quien me vino asesorando en ésta tesis, sostuvo que eso no es el problema, sino el problema estriba en que ese personal debe tener una adecuada formación en técnicas de negociación y de medios alternativos de resolución de conflictos, peor aún si ésta no es un tipo normal de conciliación al estilo que hemos venido manejando en sede civil, sino que se trata de una negociación en el ámbito penal; el que lleva adelante un acuerdo reparatorio, en un momento puede ser un conciliador, pero puede ser un mediador, esa versatilidad, le obliga a tener buenas destrezas que no las

tenemos, por tanto el personal Fiscal carece de técnicas y destrezas en conducir adecuadamente los Procesos en los cuales se aplican los Acuerdos Reparatorios, institución que no tiene la contundencia que se esperaba; a ello se suma que conforme a los indicadores recabados como son los informes de los propios encuestados y de la Academia de la Magistratura y Universidades que no se dictan cursos de Negociación en materia penal, solo existen las básicas como son la Conciliación, el Arbitraje y la Mediación, pero ninguno de ellos con incidencia en materia PENAL, esta falta de técnica no permite reconducir a los otros operadores y sujetos procesales para llevarlo a un Acuerdo Reparatorio como es el caso del imputado que tiene una conducta "*confrontacional*" con el agraviado, quien a su vez, también pretende no tanto una "*justicia restaurativa*" de su derecho, pues desea venganza a través del proceso, en la mayoría de casos, situación que puede ser revertido si el personal fiscal es mas preparado; y obviamente con la ayuda de los señores Abogados, pero resulta que éstos operadores jurídicos, adolecen también de técnicas de negociación adecuada, y pese a que conocen las bondades de la institución de los Acuerdos Reparatorios, no informan adecuadamente a sus patrocinados, sea imputados o víctimas; a ello se suma que el Estado no hizo nada por difundir adecuadamente por medios de comunicación masiva y sus instituciones novedosas para llevar adecuadamente el conflicto penal (al menos no hubo una difusión intensa en el Distrito Judicial de Huaura; aunque ahora vemos con agrado que la publicidad se ha intensificado en otros Distritos Judiciales donde recién entra en vigencia el NCPP); en suma hay falta de preparación adecuada de todos los operadores (Fiscal Provincial, Fiscal Adjunto, Asistente de Función Fiscal, Abogado de oficio o de elección, agraviado e imputado) que intervienen en un Acuerdo Reparatorio para que éste sea exitoso. En cuanto a nuestra Variable "**Resistencia de los justiciables y abogados**" todavía en nuestro medio impera la conducta "*confrontacional*" de la pareja criminal: imputado - agraviado, normalmente el imputado pretende justificar su conducta delictiva y en la mayoría de ocasiones no pretende resarcir de modo alguno, por su parte el agraviado, también exige costos muy altos por el daño que se le ha causado haciendo inviable acuerdos adecuados; esto es propio de una Cultura conflictiva que no ha sabido reconducir que el conflicto es necesario, pero debe ser superado dialécticamente en el avance de las relaciones interpersonales de los ciudadanos; así, cuando existe un delito en el fondo si bien se ha agraviado a un

bien jurídico y penalmente protegido, lo que en verdad se ha quebrado es la armonía y relaciones adecuadas que deben existir entre los ciudadanos, por consiguiente bajo una nueva concepción es la *"Justicia Restaurativa"* la que debe encargarse de solucionar los conflictos, permitiendo que el imputado vuelva a reinsertarse a la Sociedad, bajo un sistema preventivo de penas; y por su parte el agraviado ya no debe seguir siendo revictimizado, ni volver a sufrir un reencuentro tal vez no deseado con el imputado, esto obliga a ver medios educativos distintos a los que fuimos formados desde las Universidades, se requieren abogados que trabajen por éste tipo de justicia restaurativa, en el cual debe restaurarse la RELACIÓN quebrada por el delito; pero eso no se puede lograr si los propios Abogados no informan a sus propios patrocinados de las salidas alternas al proceso penal, los imputado y victimas, poco o ningún conocimiento tienen respecto de los Acuerdos Reparatorios, recién cuando llegan a la Fiscalía, los operadores de dicha institución tienen a explicarles sobre sus bondades, produciéndose en ese momento un conflicto entre el profesional abogado y su propio cliente, quien no sabe que hacer ante ello, por eso las actitudes de una *"Cultura Confrontacional"* deben ir variándose paulatinamente si queremos ver mejores resultados, por lo que el problema también es humano. Respecto a nuestra variable ***"Falta de Ejecutividad de los Acuerdos Reparatorios"***, Principios básicos elementales en la adopción de acuerdos, es que el proceso pasa por tres fases bien definidas, la negociación que viene a ser el momento en que el agraviado y el imputado se van poniendo de acuerdo sobre los extremos del hecho punible cometido, de su eventual responsabilidad y la forma de resarcimiento, de contarse con el consentimiento positivo de ambos, donde obviamente debe existir las mismas reglas contractuales de la buena fe y la común intención de las partes, añadido circunstancias especiales para una negociación penal, tales como la conciente y voluntaria decisión del imputado de resarcir el daño ocasionado y ayudar activamente a recuperarse de las consecuencias que ha sufrido la víctima; por su parte este tiene que también actuar sin ninguna convicción de sacar ventaja de su posición, sino de poner de su parte para restaurar las relaciones quebradas por el hecho punible; luego de ésta etapa la celebración ya es la plasmación del consentimiento de la pareja criminal (víctima e imputado) en el Acta correspondiente, en el cual el imputado se obliga a cumplir con los extremos del Acuerdo, entendiendo que es parte de su fiel decisión y no una forma de evitar el proceso penal y las funestas consecuencias para su

persona; igualmente de existir plazos el fiel cumplimiento en el pago de las armadas; y si hay condiciones cumplirlas incondicionalmente; ésta celebración se plasma en la firma del acta que levante el Fiscal o personal Fiscal; hasta acá tal vez no existen mayores problemas, sin embargo, **el problema fundamental se aprecia en la tercera etapa y final** es que la ejecución del acuerdo, es allí donde hemos tenido problemas los Fiscales, pues se ha visto como los imputados han negociado pensándose en la buena fe y fiel intención de resarcir el daño en el plazo convenido, pero nos hemos dado cuenta que el acta del Acuerdo Reparatorio solo se había suscrito con la finalidad de evitar la persecución penal, y no había voluntad alguna de reparar la relación quebrada por el delito; entonces es evidente que viene el INCUMPLIMIENTO en su ejecutividad, el cual tienen índices llegan al sesenta por ciento y con un escaso cuarenta por ciento que sí cumple pero luego de requerimientos constantes (debe tomarse en cuenta que el número total de Acuerdos en tres años solo llega al número total de 194; por consiguiente si esperamos una ejecutividad basada en el voluntarismo del imputado, nos equivocamos, el sabe con su abogado que la ejecución es difícil por la falta de mecanismos legales, entonces incumple y a veces a tantos requerimientos hasta la víctima se cansa, y la reparación integral se torna ilusoria y por tanto subsiste una sensación de impunidad en la víctima; por consiguiente es el Estado quien debe proveer no solo la salida alterna al proceso penal como lo es el Acuerdo Reparatorio, sino hacer que dicha tutela que si bien lo es para el imputado, también debe ser para la víctima, pero una tutela efectiva, que sea contundente, fulminante y de pleno rapidísimo en el caso de un eventual incumplimiento, con el cual obtendríamos la eficacia de la institución y víctimas realmente resarcidas; y finalmente sobre nuestra variable ***"Posibilidad de reabrir el debate en cuanto a la persecución penal"***, si un Acuerdo Reparatorio es incumplido, que hacemos los Fiscales? Evidentemente no podemos quedarnos con los brazos cruzados, sino que es necesario que el Fiscal garantice la ejecutividad de su propia acta que contiene el Acuerdo Reparatorio, sino ante el justiciable queda como un funcionario que no garantiza el cumplimiento de lo acordado ante su Despacho e Institución y eso quiebra la institucionalidad del Ministerio Público; entonces lo que hemos adoptado, en el Distrito Judicial de Huaura, en especial en la provincia de Huaura, Huacho, ante un incumplimiento en la fase de la ejecución de un Acuerdo Reparatorio, no se ha tenido otra alternativa de Promover el Ejercicio de la

acción penal, es decir, hemos dictado la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria para que se reinicie la persecución penal contra el imputado que incumplió sus propios compromisos asumidos frente a la víctima y el Fiscal; esa decisión de promover el ejercicio de la acción penal, considero por la propia aplicación de la ley contenida en el NCPP no es posible fundamentalmente porque la ley especial, ha consignado que si "**AMBOS CONVIENEN**" el Fiscal debe dictar la Disposición Fiscal de Abstención del ejercicio de la Acción Penal; de modo tal que promover el ejercicio de la Acción Penal, no es la más pertinente, ni ajustada a norma y estado del proceso, pues de producirse ello, se estaría provocando una segunda persecución penal, ya no por el delito cometido, sino por un ACUERDO INCUMPLIDO, y eso en buen romance; infringe la propia Disposición del Fiscal que había dispuesto la Abstención en el ejercicio de la Acción Penal y por tanto se habría atentado al Principio del "*ne bis in idem*". También algunos Fiscales han tratado de ser mas prudentes, pues se han dado casos en los cuales los Acuerdos Reparatorios si bien se negoció, se celebró y en cuanto a su ejecución se defirió en el tiempo y en pagos parciales mes a mes, entonces la postura adoptada por el personal Fiscal fue no dictar la disposición de Abstención, hasta que se cumpla con el pago de todas las cuotas, empero, esto está vulnerando a la propia norma contenida en el Artículo 2 ordinal 6to del NCPP que dice textualmente que si ambos convienen debe dictarse por el Fiscal la disposición de Abstención, acto procesal que es inmediato y no tiene condicionamiento alguno, por tanto aquella decisión de postergar o condicional la abstención hasta que se cumpla con el pago total, es una decisión arbitraria y al margen de la ley; por consiguiente, reabrir el debate en cuanto a la persecución penal por la ausencia de pago o cumplimiento del Acuerdo Reparatorio es un tema de relevancia especial, pues si dejamos de perseguir al imputado por no cumplir, la víctima ve defraudada sus expectativas, y si reabrimos la persecución penal por un incumplimiento del imputado este desconfiará de la institución; portante tomar una posición es bastante difícil y que lo haremos en el siguiente tema sobre elaboración del Informe Final donde precisaremos los aportes de ésta investigación a la doctrina, la legislación de ésta pequeña investigación, pero grande en su intención de aportar a algo que no se ha escrito nada, por lo menos hasta la fecha.

4.- ELABORACIÓN DEL INFORME FINAL.- Si revisamos en el mercado jurídico los aportes de la doctrina al esclarecimiento y fijación de los alcances, especialmente del Acuerdo Reparatorio como medio de resolución de conflictos, nos encontraremos que los aportes de la doctrina nacional es mínima, a nivel internacional, la doctrina que se ha desarrollado mayormente ha sido la Venezolana en principio y luego la Chilena, el resto de países el aporte es mínimo; la legislación nuestra es un aporte también al desarrollo de la institución en investigación, empero sus aportes son limitados, habida cuenta de los errores con que se cuenta; en efecto mi aporte a la doctrina nacional como Fiscal Provincial especializado en lo Penal y hoy Fiscal de Decisión Temprana del Primer Despacho, de la primera provincia que ingresó aplicando el nuevo Código Procesal Penal, Huacho; son muy particulares y sabemos que muchos distritos lo han desarrollado a partir de los aportes que hemos dado; sustancialmente ello son: En nuestra investigación hemos comprobado que hay una ausencia de programas en la Capacitación en Técnicas de Negociación Penal para lograr una salida alterna al proceso penal; nuestros encuestados Abogados y Fiscales, si bien tienen cursos de conciliación, ellos son referidos a la conciliación civil y de otra naturaleza, no de penal, que exige rasgos distintos que se tienen que manejar en destrezas diferentes, por ejemplo en la negociación penal, el Fiscal bien puede comenzar como un conciliador y luego ser un mero mediador, o viceversa, éstos cambios de roles implica destrezas bastante agudas en el personal, para que puedan aplicar adecuadamente los Acuerdos Reparatorios y revertir la falta de eficacia de dicha Institución; nuestro aporte es entonces Capacitemos al personal Fiscal y Abogados (de oficio o libres) en técnicas de negociación penal. Tomando como referencia parte de nuestra hipótesis, también hemos mencionado la resistencia de los imputados y víctimas a llegar a una solución pacífica, rápida y eficaz en el resarcimiento por el daño causado por el delito, pero ésta pareja criminal, se resiste a aquellos acuerdos; fundamentalmente porque no están informados, sus abogados no lo orientan adecuadamente mostrando tal vez, una *"egoísmo jurídico"* en el sentido que si no se enteran de los beneficios de la institución *"tengo todavía un justiciable con quien justificar mi trabajo o mis honorarios"* esa cultura tiene que cambiar, los Abogados deben ser concientes que su rol es de pacificador dentro de la Sociedad, lamentablemente esa actitud, solo hace incrementar y sostener en el tiempo la *"Cultura de la Confrontación"* en el sentido que las partes, son

entendidas como eso, como partes, y no como un todo destinado a ayudarse mutuamente para superar los efectos nocivos del delito y lograr una resocialización, reinserción y reeducación del imputado y para la víctima su adecuada restauración en el daño que ha sufrido, revertir esto implica Difundir en todos los medios de comunicación masiva las bondades de una cabal negociación penal en los Acuerdos Reparatorios para evitar la resistencia de Abogados y justiciables. Tomando como referencia la tercera variable referido a la ejecutividad de los Acuerdos Reparatorios por el incumplimiento observado por parte de los imputados, creemos firmemente, que si queremos dar a la víctima la seguridad que el acuerdo se cumplirá y si queremos que el Ministerio Público siga siendo una institución respetada y respetable en la Nación, hagamos que los acuerdos firmados ante su Autoridad se cumplan en sus extremos; por consiguiente yo considero conforme a la doctrina internacional de Venezuela y de Chile que si bien los Acuerdos Reparatorios son celebrados ante el Juez Penal y su eventual incumplimiento también es perseguido en sede penal; porque no hacer lo mismo de nuestros Acuerdos Reparatorios? Si bien, éstos se celebran ante los Fiscales Penales, porque no ejecutarlos igual que una Sentencia, en sede judicial y ante un Juez imparcial e imparcial, eso haría que el Estado en su conjunto (Juez y Fiscal) dispensa a la Sociedad de funcionarios que dan seguridad y ejecutividad a sus decisiones, y que está garantizado que la víctima será resarcida; y por ende haríamos efectivo la ansiada Tutela Judicial efectiva; en conclusión nuestro aporte será que Los Acuerdos Reparatorios incumplidos se ejecuten igual que una Sentencia y por ante un Juez respectivo con todas las medidas de coerción legales para su efectivo cumplimiento. Finalmente, en cuanto a nuestra cuarta variable, sobre la Reapertura de la persecución penal por razones de incumplimiento de los Acuerdos Reparatorios, yo considero que eso no es posible, por dos razones fundamentales, vivimos en un Estado de Derecho, en el cual deben cumplirse la Constitución y la Ley, por tanto la ley dice que CONVENIDO un acuerdo reparatorio el Fiscal debe dictar la disposición de Abstención del ejercicio de la Acción Penal, así se incumpla el acuerdo, no se le puede perseguir por este incumplimiento, pues si el agraviado tiene de su parte un título de ejecución, si así lo dispone la ley, entonces, tendrá la adecuada tutela judicial de ejecutar el Acuerdo Reparatorio como si fuera una sentencia, entonces ya no hay razón para reabrir el proceso penal, solo así podremos ser coherentes legislativamente, pues si digo que un acuerdo reparatorio obliga al

Fiscal a abstenerse de perseguir, el imputado se sentirá seguro que su consentimiento le ha ayudado definitivamente de excluirse de un proceso penal; pero la contrapartida legal y justa es que debe cumplir con su palabra, honrar con sus compromisos para resarcir a la víctima y si no lo hace, debe saber de antemano que le espera un Juez de Ejecución que le hará pagar la reparación a que el mismo se obligó a pagar, y eventualmente podrá ser privado de su patrimonio por la aplicación de medidas coercitivas reales y hasta tendrá que pagar las costas inclusive. Otro punto importante, es si se fija un Acuerdo Reparatorio para determinado delito, estableciéndose la indemnización en sede penal, podrá la víctima no constituida en Actor Civil, recurrir a Sede Civil a reclamar más reparación o indemnización; si permitiéramos esa posibilidad los Acuerdos Reparatorios no serán atractivos para los imputados, pues no les interesaría firmar si saben que si bien pueden cortar el proceso penal, civilmente seguirán siendo perseguidos, ergo, se requiere que el Acuerdo Reparatorio garantice al imputado sea penal o civilmente, que no será molestado posteriormente si es que cumple con lo acordado. Por tanto, mi aporte es simplemente interpretar adecuadamente y reafirmar el texto contenido en la propia ley sobre la clausura del proceso penal por la firma de un Acuerdo Reparatorio y modificar la conducta del personal fiscal en cuanto a la persecución penal por incumplimiento del acuerdo reparatorio; aunque obviamente se requiere de modificaciones legislativas, que las propondremos seguidamente.

5.- CONCLUSIONES.- Conforme a nuestra investigación ellas son:

5.1) Los Acuerdos Reparatorios en el distrito Judicial de Huaura, no se aplican adecuadamente por el personal Fiscal y por tanto no son eficaces.

5.2) Los factores que no permiten su aplicación adecuada se deben a la falta de preparación del personal Fiscal en técnicas de negociación penal; a la resistencia por parte de los Abogados y justiciables; a la ausencia de mecanismos para garantizar la ejecutividad de un Acuerdo Reparatorio; y a la posibilidad de la reapertura del proceso penal cuando un Acuerdo Reparatorio es incumplido.

5.3) Estos factores, han determinado que los Acuerdos Reparatorios como medios de Resolución de Conflictos tengan una aplicación realmente mínima

en nuestro Distrito, pues se llega escasamente a 194 en tres años de vigencia del NCPP.

5.4) A cuatro años, ya en la actualidad, se requiere de modificaciones legislativas urgentes para revertir ésta falta de operatividad de los Acuerdos, para lograr un instituto realmente alternativo al proceso y que sirva a su finalidad de aliviar la carga procesal y no incrementar procesos por delitos de mínima culpabilidad, de escasa responsabilidad y de bagatela.

6.- RECOMENDACIONES.- Conforme al Informe antes elaborado, considero que las recomendaciones mínimas son:

6.1) Debe realizarse una **Capacitación urgente de todos los operadores jurídicos**, a nuestros Abogados desde su formación en Pre grado, desde la Universidad para cuyo caso debe implementarse cursos de Negociación Penal; a nuestros Fiscales, Jueces, Abogados con cursos de Capacitación en Técnicas, Destrezas y Habilidades para la Negociación específicamente Penal; a los Justiciables, imputados y víctimas antes de ir a la Audiencias de Acuerdos Reparatorios deben ser llevados a una Oficina de Imagen Institucional y previa instrucción del modo de funcionamiento de éstas negociaciones penales, recién deben ir a la Audiencia de aplicación de los Acuerdos Reparatorios; es una tarea que corresponde a la Escuela del Ministerio Público y la propia Academia de la Magistratura del Perú, cuyos cursos solo son a nivel de Conciliación a nivel general y no específico.

6.2) Debe respetarse escrupulosamente el texto normativo del NCPP, esto es que **debe dictarse una disposición de Abstención del ejercicio de la Acción Penal, una vez producido y suscrito un Acuerdo Reparatorio** independiente si se cumple o no en ese momento; de esa forma víctima e imputado tendrán respuestas legales que sabrán se cumplirán positiva o negativamente a sus intereses en caso de violar sus propios acuerdos asumidos voluntariamente.

6.3) Si doy la recomendación anterior, debe necesariamente modificarse el texto legal del actual NCPP, en el sentido que de incumplirse un Acuerdo Reparatorio, **el Acta que lo contiene constituye título de ejecución** y se podrá solicitar su

ejecución ante el Juez respectivo, sea a requerimiento del Fiscal o de la víctima; solo así el imputado estará seguro que lo que firma lo alejará del proceso y la víctima estará segura que se le indemnizará *"por las buenas o por las malas"* producto del mismo compromiso asumido por el imputado, de modo tal que no quede inmerso en un nuevo proceso.

7.- MODIFICACIONES LEGE FERENDA.- Considero que debe añadirse los siguientes párrafos:

7.1) A la norma contenida en el Artículo 2 ordinal 6to, segundo párrafo del NCPP, cuya redacción quedaría como sigue:

*"El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. **El Acta que contiene el Acuerdo Repatorio, es título de ejecución y se somete a las reglas contenidas en el Libro Sexto sobre La Ejecución y Las Costas, especialmente las referidas a la Ejecución Civil y demás consecuencias accesorias, así como el pago de Costas en lo que fuera pertinente.** Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignore su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3)".* (el resaltado con negro es el añadido que se requiere).

7.2) A la norma contenida en el Artículo 2 ordinal 6to, agregarse un tercer párrafo del NCPP, cuya redacción sería:

"La Disposición de Abstención que recepciona o aprueba el Acuerdo Repatorio del indiciado y del agraviado y del indiciado con el Fiscal respectivamente, impide su reapertura, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal, pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. Lo mismo ocurrirá si se pretendiera ejercitar las acciones civiles provenientes del delito".

7.3) A la norma contenida en el Artículo 78 del C.P., agregarse una causal de extinción de la acción penal, cuya redacción sería:

"4.- Por el cumplimiento de lo pactado en el Principio de Oportunidad o en el Acuerdo Repatorio en sede penal".

8.- ANEXOS:

ENCUESTA PARA ABOGADOS

1. LUGAR DE TRABAJO:

2. HA RECIBIDO UD CAPACITACIÓN SOBRE SALIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL?

CAPACITADO ☐
NO CAPACITADO ☐

3. ESTÁ UD INFORMADO EN CUANTO A LA EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN PROCESAL DENOMINADA ACUERDOS REPARATORIOS?

SI ☐
NO ☐

4. UD COMO ABOGADO, INFORMA A SU CLIENTE SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, ANTES DE INICIAR UN PROCESO JUDICIAL?

SI ☐
NO ☐

5. HA RECIBIDO UD, CAPACITACIÓN EN SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL?

SI ☐
NO ☐

6. A QUE CREE UD. QUE SE DEBA LA FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS?

FALTA DE INDEPENDENCIA Y PREPARACIÓN DE LOS ORGANOS
RESISTENCIA DE LOS JUSTICIABLES (IMPUTADO Y AGRAVIADO)
RESISTENCIA DE LOS ABOGADOS
FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE LA SUSODICHA INSTITUCIÓN

☐
☐
☐
☐

7. CREE UD, QUE SU PATROCINADO ESTÀ CUMPLIENTO CON LA INDEMNIZACIÓN ACORDADA CON EL FISCAL Y EL AGRAVIADO?

CUMPLEN ☐
NO CUMPLEN ☐

8. CREE UD. QUE ES POSIBLE REABRIR UN DEBATE EN CUANTO A LA INDEMNIZACIÓN ARRIBADO EN UN ACUERDO REPARATORIO ENTRE LA VICTIMA Y EL IMPUTADO?

NO REAPERTURA ☐
REAPERTURA ☐

ENCUESTA PARA IMPUTADOS

1. UD COMO IMPUTADO, ESTÀ INFORMADO SOBRE LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE ORDEN PENAL, EN PARTICULAR LOS ACUERDOS REPARATORIOS?

INFORMADO ☐
NO INFORMADO ☐

2. SI USTED HA COMETIDO UN DELITO, ESTARÍA DISPUESTO A ARREGLAR PAGANDO LA INDEMNIZACIÓN QUE CORRESPONDA?

SI ARREGLARÍA ☐
NO ARREGLARÍA ☐

3. ESTARÍA DISPUESTO A CUMPLIR CON UN ACUERDO REPARATORIO AL CUAL SE HA COMPROMETIDO?

SI CUMPLIRÍA ☐
NO CUMPLIRÍA ☐

4. COMO RECIBÍÓ LA INFORMACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS CON LA FINALIDAD DE ARREGLAR EL CONFLICTO Y POR TANTO EN NO LLEGAR A UN PROCESO JUDICIAL?

POR SU ABOGADO
POR LA PRENSA O RADIO
POR EL FISCAL

☐
☐
☐

5. EL SIGNIFICADO QUE TIENE PARA UD, CUMPLIR CON UN ACUERDO REPARATORIO, CONSIDERA AL RESPECTO QUE ES: ?

PAGAR LA INDEMNIZACIÓN
UNA DEUDA VERGONZANTE
PAGAR PARA LOGRAR LA PAZ
PAGAR PARA NO ESTAN EN PROBLEMAS JUD.

☐
☐
☐
☐

6. ANTE LA FALTA DE PAGO DEL ACUERDO REPARATORIO CREE UD. QUE DEBE REABRIR EL PROCESO Y EL DEBATE DE LA INDEMNIZACIÓN?

DEBE REABRIRSE ☐
NO DEBE REABRIRSE ☐

ENCUESTA PARA VICTIMAS

7. UD COMO AGRAVIADO, ESTÀ INFORMADO SOBRE LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE ORDEN PENAL, EN PARTICULAR LOS ACUERDOS REPARATORIOS?

INFORMADO
NO INFORMADO

8. SI USTED HA SIDO AGREDIDO (A) POR UN DELITO, ESTARÍA DISPUESTO A ARREGLAR, ANTES DE IR A UN PROCESO PENAL?

ACEPTARÍA
NO ACEPTARÍA

9. LOS ACUERDOS QUE SE HA HABLADO ANTERIORMENTE, USTED, PIENSA QUE DEBEN CELEBRARSE?

POR PERSONAL FISCAL
POR TERCEROS

10. COMO RECIBÍÓ LA INFORMACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS CON LA FINALIDAD DE ARREGLAR EL CONFLICTO Y POR TANTO EN NO LLEGAR A UN PROCESO JUDICIAL?

POR SU ABOGADO
POR LA PRENSA O RADIO
POR EL FISCAL

11. ANTE LA FALTA DE PAGO DEL ACUERDO REPARATORIO CREE UD. QUE DEBE REABRIR EL PROCESO Y EL DEBATE DE LA INDEMNIZACIÓN?

DEBE REABRIRSE
NO DEBE REABRIRSE

ENCUESTA A FISCALES

1.- UNIVERSIDAD DE PRE GRADO:

TITULADO	<input type="checkbox"/>
EGRESADO	<input type="checkbox"/>
ESTUDIANTE	<input type="checkbox"/>

2.- HA SEGUIDO CURSOS DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

SI	<input type="checkbox"/>
NO	<input type="checkbox"/>

3.- TIENE TITULOS DE ESPECIALISTA EN MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

CONCILIADOR	<input type="checkbox"/>
ARBITRO	<input type="checkbox"/>
MEDIADOR	<input type="checkbox"/>
NINGUNO	<input type="checkbox"/>

4.- USTED MISMO APLICA LOS ACUERDOS REPARATORIOS A LOS INDICIADOS?

SI	<input type="checkbox"/>
NO	<input type="checkbox"/>

5.- LAS PARTES SON INFORMADAS EN QUE CONSISTEN LOS ACUERDOS REPARATORIOS?

EXHAUSTIVAMENTE	<input type="checkbox"/>
NORMALMENTE	<input type="checkbox"/>
NO INFORMA NADA	<input type="checkbox"/>

6.- CUAL ES EL ÍNDICE DE APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS, SI TOMAMOS COMO REFERENCIA CINCO DELITOS DE UN MÁXIMO DE VEINTE CASOS?

D. DE ESTAFA	<input type="checkbox"/>
D. DE HURTO	<input type="checkbox"/>
D. DE LESIONES D.	<input type="checkbox"/>
D. DE LESIONES C.	<input type="checkbox"/>
D. DE F en la APJ	<input type="checkbox"/>

07.- CUÁL ES EL INDICE DE APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD, DIGA:

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD
ACUERDOS REPARATORIOS

08.- SE CUMPLEN LOS ACUERDOS REPARATORIOS EN LOS EXTREMOS QUE CONVIENEN LAS PARTES?

SI E CUMPLEN
NO SE CUMPLEN

09.- QUIEN CREE QUE ES EL MAS RESISTENTE EN LA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS?

EL ABOGADO
EL IMPUTADO
EL AGRAVIADO

10.- EN LA EVENTUALIDAD QUE NO SE CUMPLA VOLUNTARIAMENTE CON EL ACUERDO, LA EJECUCIÓN DEBE SER:

EN SEDE PENAL
SE FORMALIZA
EN SEDE CIVIL

11.- SOBRE LA CLAUSURA DEL PROCESO, A TRAVÉS DEL ACUERDO REPARATORIO, EL PERSONAL FISCAL:

SABEN
NO SABEN

9.- BIBLIOGRAFÍA

ÁNGULO ARANA, Pedro Miguel. El Principio de Oportunidad. Serie Derechos y Garantías. Editorial Palestra. Lima 2004.

ARIAS DUQUE, Juan Carlos. El Proceso penal Acusatorio Colombiano. Tomo III. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá 2006. Colombia.

BERNAL CUELLAR, Jaime. El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio. Impresión de la Universidad Externado de Colombia. 5ta. Edición Bogotá 2004. Colombia.

BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2da edición. Editorial Ad - Hoc. Buenos Aires 2005. Argentina.

BINDER, Alberto M. Justicia Penal y Estado de Derecho. 2da edición. Editorial Ad - Hoc. Buenos Aires 2004. Argentina

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la Reforma de la Justicia en el Perú. Informe No 109. Lima 2006. Perú.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Juan. Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Abril 2008.

CHÁMAME ORBE, Raúl. Constitución Didáctica 93. Editorial San Marcos. Quinta Reimpresión. Edición Especial 2000.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. Teoría y Jurisprudencia Constitucional. 6ta Edición. Editorial palestra. Lima 2006.

GIMENO SEÑORA, Vicente. El Ministerio Fiscal - Director de la Instrucción. 1ra. Edición Madrid, 2006. España.

GÓMEZ O. José Alejandro. Nuevo Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Señal Editora. Primera Edición 2008, Bogotá. Colombia.

HORVITZ LENNON, María. Derecho Procesal Penal. Chileno Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 2005. Chile.

HURTADO POMA, Juan Rolando. Ensayos Jurídicos Contemporáneos. Ara Editores. Lima 2008.

HURTADO POMA, Juan Rolando. Selección de Lecturas. Instituto de Ciencia Procesal Penal y la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal.

JOACHIM LAMPE, Ernst. La Dogmática jurídico penal entre la ontología social y el funcionalismo. Editora Jurídica Grijley. Lima 2003. Perú.

STIPPEL, Jórg. Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina. Editorial Ad - Hoc. Noviembre 2002, Buenos Aires - Argentina.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Dirección de Asuntos Jurídicos. Código Procesal Penal. Primera Edición oficial. Editora Perú. Lima Noviembre 2004.

MIXAN MASS, Florencio. Teoría y Practica para la Reforma Procesal Penal. Primera Edición. Ediciones BLG. Trujillo 2007. Perú.

MONTERO AROCA, Juan. Proceso Penal y Libertad. Primera Edición Thomson. Civitas. Pamplona 2008, España.

ORE GUARDIA Arsenio. La Reforma del Proceso Penal. Revista IUS ET VERITAS de la PUC. Pag. 118. Lima. 1994.

ORMAECHEA CHOQUE, Iván. "Manual de Conciliación Procesal y Pre Procesal". Revista No 3. Academia de la Magistratura. Lima 2000.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl. Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Rodhas. 1ra Edición. 2007. Lima.

PEÑA CABRERA, Raúl. "Trato de Derecho Penal". Parte Especial II. Ediciones Jurídicas. Lima 1993.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. En busca de la Prisión Preventiva. Editores Jurista 2006. Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editorial Grijley. 1ra reimpresión Julio 1999. Lima, Perú.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Ministerio Público y reforma de la justicia: algunos planteamientos de principio. Revista Academia de la Magistratura Lima 1998. No 1. Perú.

TAMATIT SUMALLA, Joseph Ma. Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora. Editorial de la Universidad Santo Tomás de Colombia. Bogotá 2006. Colombia.

VÁSQUEZ GONZALES, Magaly. "Derecho Procesal Penal Venezolano". Caracas. Universidad Católica Andrés Bello 2007.

